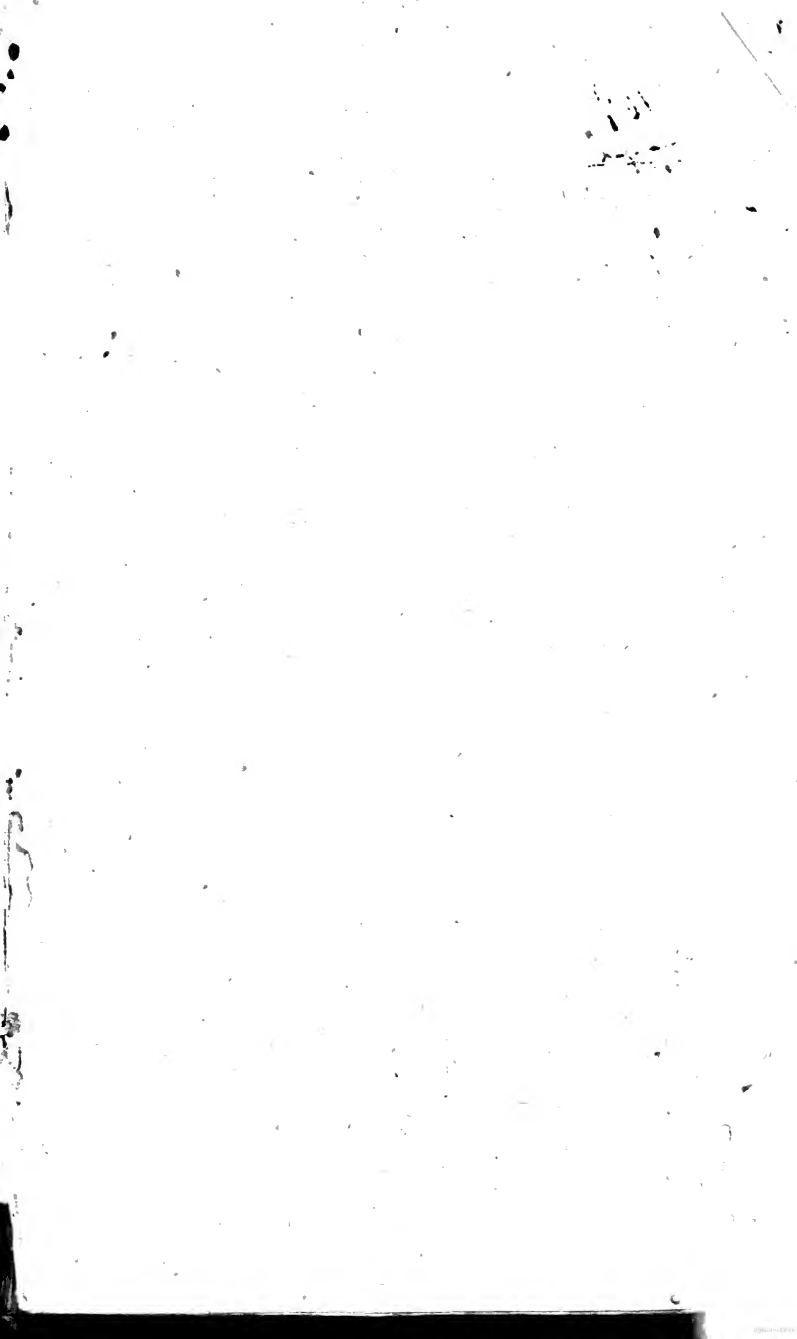


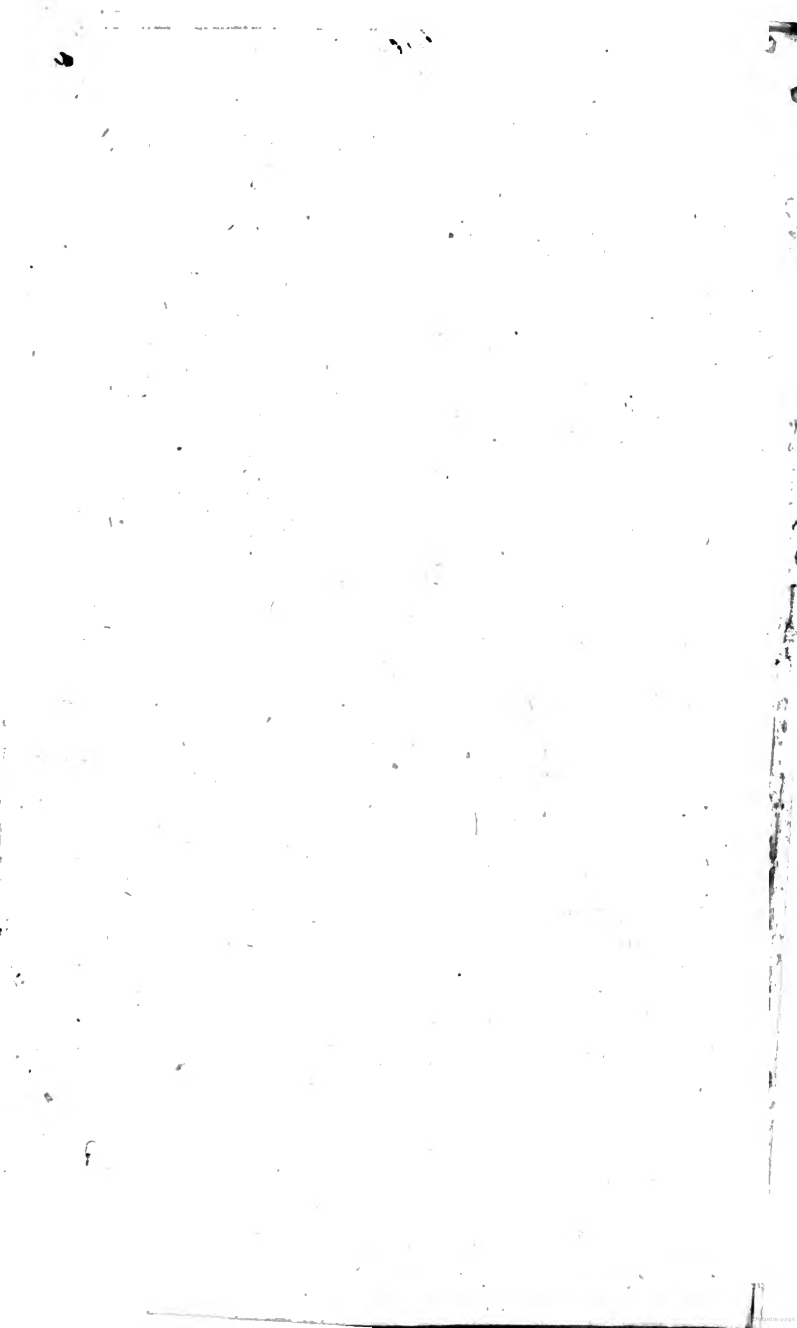
35.71.
15.03.

50.74

169
~~746~~
F
40







C O R S O
D I
C O D I C E C I V I L E

DEL SIG.

D E L V I N C O U R T

AVVOCATO DELLA CORTE REALE E DECANO DELLA FACOLTÀ
DI Diritto DI PARIGI

NOVELLAMENTE TRADOTTO DALL' ULTIMA EDIZIONE FRANCESE

ED ACCOMPAGNATO DALLA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE
DEL REGNO DELLE DUE SICILIE

DAL SIG. **P. LIBERATORE**

SECONDA EDIZIONE

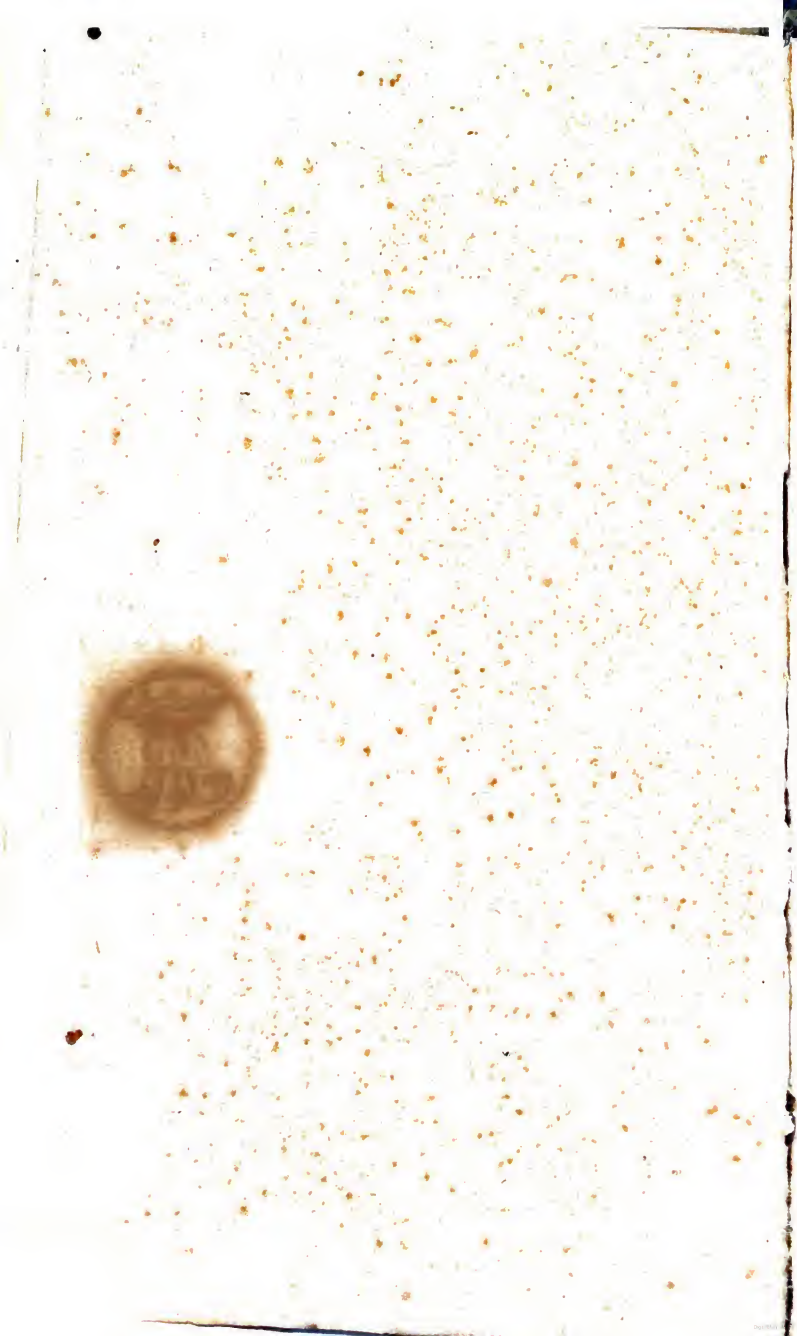
VOLUME III.



NAPOLI 1828.

DA' TORCHI DEL TRAMATER

*Si vende nel Gabinetto letterario al largo
del Gesù Nuovo n.° 6, 7, 8.*



LIBRO PRIMO

DELLE PERSONE

TITOLO X.

DELLA MINORE ETÀ DELLA TUTELA E DELLA EMANCIPAZIONE.

Considerate le persone relativamente all' età, si ripartiscono in maggiori e minori:

Il maggiore è colui che giunse all' età di ventun anni compiuti; egli è capace di tutti gli atti della vita civile, salve le restrizioni additate nei Titoli *del matrimonio* e *dell' adozione* (1).

Il minore è quegli che non è giunto ancora all' età di anni ventuno; è sottoposto alla patria podestà ovvero all' autorità di un tutore, o, finalmente, ha bisogno in certi casi, s' egli è emancipato, dell' assistenza di un curatore.

Avendo trattato della patria podestà in uno de' Titoli precedenti, ci rimane in questo a parlare della tutela e della emancipazione.

La tutela officiosa essendo sottoposta a regole particolari quanto al modo di stabilirla, di esercitarla, e quanto ai suoi risultamenti, cominceremo dall' esporne i principj. Essa d' altronde si troverà così posta in seguito del Titolo *dell' adozione* alla quale si attiene per massima affinità.

(1) Salvo aneora il caso d' interdizione, e quello del sordo e muto, il quale, ove non sappia scrivere, non può accettare una donazione che per mezzo del curatore (art. 936 † 860).

Esporrà un secondo capitolo le regole della tutela ordinaria.

Si tratterà in un terzo della emancipazione e della curatela.

Finalmente un quarto sarà consacrato ad una specie particolare di legittima tutela.

CAPITOLO I.

DELLA TUTELA OFFICIOSA (2).

La tutela officiosa può definirsi: l'obbligazione volontariamente contratta di allevare un minore, di aver cura della sua persona e di amministrare i suoi beni.

Volontariamente: a differenza della tutela ordinaria che si può in certi casi esser costretto di accettare.

Di allevare: questa parola è presa qui nel più ampio significato; e comprende l'obbligo non solo di nutrire il pupillo e dargli l'educazione che gli conviene, 364 ma benanche quello di metterlo nello stato di procacciarsi T. il proprio sostentamento; il tutto però a spese del tutore e senza ch'ei possa imputarne alcuna sulle rendite del pupillo che sia relativa a questi diversi oggetti (3) 365 T.

Di aver cura della sua persona e di amministrare i suoi beni: poichè la cura della persona e dei beni del pupillo passa al tutore officioso, quand' anche il pupillo ivi fosse già sottoposto ad altra tutela (4). Egli è obbligato

(2) Se l'adozione fosse soppressa, è probabile che la tutela officiosa, la quale non è che uno scalino a pervenirvi, sarebbe soppressa egualmente.

(3) Il che costituisce una seconda differenza fra il tutore officioso e l' tutore ordinario, il quale qualora non sia uno degli ascendenti, non è tenuto, a rigore, di provvedere alla sussistenza ed all'educazione del pupillo, che in ragione di quanto i beni di quest'ultimo possono permettere. *Tutor de suo pupillum alere non compellitur.*

Finalmente una terza differenza la quale sembra esistere fra la tutela officiosa e la tutela ordinaria si è, che questa non può esser conferita alle donne, tranne le ascendenti, malgrado che pare risultar dallo spirito del Codice che una donna in generale può essere tutrice officiosa; giacchè ogni donna può adottare, e la tutela officiosa non essendo, comè si è detto, che uno scalino per giungere all'adozione, non vi è affatto ragione di vietarla alle donne.

(4) *Quid* s'egli abbia il padre o la madre, o gli abbia entrambi? L'adozione non distruggendo i legami di famiglia, la tutela officiosa

370 al rendimento de' conti del pari che il tutore ordinario. T.

Le condizioni particolari della tutela officiosa, per ciò che riguarda il tutore, sono:

361 1.° Ch'egli oltrepassi l'età di cinquant'anni (5): T.

2.° Che nell'assumere la tutela non abbia prole né ivi legittimi discendenti:

363 3.° Ch'egli ottenga, s'è maritato, il consenso del T. conuge.

Le condizioni relative al pupillo sono:

364 1.° Ch'ei sia minore di quindici anni (6); T.

2.° Che abbia il consenso del padre e della madre o del superstite fra essi; in loro mancanza, di un consiglio di famiglia (7); o finalmente, se non ha parenti conosciuti, quello degli amministratori dell'ospizio ove è stato raccolto, o della municipalità del luogo della sua residenza.

La sola formalità richiesta si è, che il giudice di pace

può ancor meno recarvi pregiudizio: in conseguenza il figlio resta sottoposto a suo padre o a sua madre, per tutto ciò che non pregiudica ai dritti ed alle obbligazioni del tutore officioso: per esempio, riguardo al matrimonio.

(5) Compiti (Osservate la nota 2. tom. 2. pag. 316). Può sembrare strano, che questa tutela non sia permessa se non a cinquant'anni; d'onde risulta che l'adozione non potendo aver luogo che parecchi anni dopo, il tutore officioso non può adottare se non all'età di sessant'anni ed anche più, mentre che l'ordinaria adozione può aver luogo a cinquant'anni. Ma ciò è perchè non si è voluto nuocere al matrimonio: si è dunque preteso che un celibe non potesse contrarre veruna obbligazione sia per mezzo dell'adozione, sia con la tutela, che all'età nella quale pare che siasi rinunciato al matrimonio.

(6) La principale obbligazione del tutore officioso essendo quella di provvedere alla educazione fisica e morale del fanciullo, una tale obbligazione diverrebbe presso a poco nulla, se questi avesse più di quindici anni: in pari età l'educazione trovasi compiuta, o di molto inoltrata. D'altronde potendosi esser adottato a ventun anni, si è voluto conservare la regola la quale esige almeno sei anni di soccorsi e di cure prestate al fanciullo nella di lui minor età.

(7) Non si comprende a prima vista perchè in mancanza del padre e della madre, il consenso degli ascendenti non è sufficiente nell'ordine prescritto pel matrimonio. Si è forse pensato che gli ascendenti essendo incaricati dalla legge della cura di nutrire ed educare i di loro discendenti, non sarebbero essi forse molto delicati su i mezzi di sgravarsi da questa obbligazione, e potrebbero in conseguenza leggermente acconsentire alla tutela officiosa; e si è creduto convenevole di riunirvi il sentimento del consiglio di famiglia, al quale d'altronde gli ascendenti debbono esser chiamati.

del domicilio del figlio (8) debba stendere processo verbale delle domande e de' consensi. 363 T.

Gli effetti della tutela officiosa, prescindendo dagli obblighi di cui già si è parlato, son questi:

1. Che il tutore può adottare il di lui pupillo giunto alla maggiore età, se questi vi acconsenta (9); nel quale caso si procede all'adozione osservate le forme prescritte nel precedente Titolo, e gli effetti saranno i medesimi; 368 T.

2.º Che il pupillo divenuto maggiore può domandare l'adozione. Se questa richiesta (10) non ha effetto (11) nei tre mesi successivi alla sua maggior età, e che il pupillo non sia capace di procacciarsi la sussistenza, il tutore può (12) essere condannato a somministrargli i soccorsi necessari a procurargli un mestiere (13), senza pregiudizio tuttavia delle convenzioni che avessero potuto esser fatte nella previdenza di questo caso (14), quando si trovino al pupillo più vantaggiose. 369 T.

(8) A differenza dell'adozione, l'atto della quale dee passarsi innanzi al giudice dell'adottante. Qui è una vera tutela, ed in ogni tutela è il domicilio del fanciullo che determina la competenza del giudice di pace, come appresso il vedremo.

(9) E se non sia sopraggiunto verun ostacolo all'adozione; come, se il tutore il quale non aveva figli al momento della tutela, si ritrovi di averne nell'epoca della maggior età, l'adozione non potrà aver luogo. (Argom. tratto dall'art. 366† T.).

(10) Dunque perchè abbia luogo la disposizione dell'articolo, bisogna che il pupillo richiegga l'adozione ne' tre mesi dalla sua maggior età. Altrimenti ove non la richiegga; tanto più se la rifiuti.

(11) Notate che l'articolo non dice, *se il tutore rifiuta*, perchè la disposizione debbe aver luogo, qualunque sia la cagione della mancanza di adozione, ove tuttavolta questa provenga dal tutore, e quando anche vi fosse impossibilità dalla sua parte; come, se gli siano sopraggiunti de' figli legittimi; se siasi maritato dopo della tutela, e che il di lui conjuge ricusi di acconsentire all'adozione, ecc.

(12) Può, e non già *deve*. Egli è possibile che il pupillo abbia tenuto una condotta tale da giustificare il rifiuto del tutore; che quest'ultimo, ricco al momento della tutela, si trovi in seguito nello stato di non poter fare alcun sacrificio, ecc.

(13) La quale obbligazione passa ai suoi eredi, come andremo a vedere di qui a poco.

(14) Ciò non vuol dire che l'indennità avrà sempre luogo indipendentemente dalle cose convenute; ma se coll'atto di tutela il tutore siasi impegnato, per esempio, a pagare al pupillo, nel caso in cui non l'adottasse, una pensione vitalizia superiore ai soccorsi che il pupillo avrebbe potuto esigere in vigor della legge, la convenzione debb'essere eseguita.

Per quanto tempo durerà l'azione per indennità? Sarebbe stato

3. Che il tutore può adottare il pupillo mediante atto testamentario anche prima che questi sia fatto maggiore; ma perchè sia valida siffatta adozione, è d'uopo che il tutore non lasci figli nè discendenti legittimi (15), e che sieno trascorsi cinque anni compiuti dopo l'assunta tutela (16). Questa adozione dà al pupillo gli stessi dritti so-

desiderabile che vi fosse un termine stabilito. Ma come non ve n'è alcuno, bisogna dire ch'essa non dovrà prescriversi che con trent'anni, salvo le eccezioni d'inammissibilità che potrebbero essere opposte, e che i tribunali dovrebbero facilmente ammettere, soprattutto qualora sarà trascorsa una certa dilazione.

(15) Quindi la sopravvivenza de' figli annulla l'adozione testamentaria mentre che non annulla l'adozione fra vivi. Ciò dipende dalla differenza la quale esiste fra queste due sorta di disposizioni, l'ultima delle quali essendo una specie di contratto ha subito il suo effetto, ed è irrevocabile come tutti i contratti; mentre che la prima essendo una vera disposizione testamentaria, non ha effetto che alla morte del testatore, e rimane sino allora revocabile per solo effetto della propria volontà, o per una incapacità sopravvenuta nella di lui persona.

(16) *Quid*, se il testamento che contiene l'adozione si è fatto prima di spirare il quinquennio, ma che il tutore non venga a morire se non dopo tal epoca, sarà mai valida l'adozione? Il motivo da dubitarne si deduce dal perchè il testamento non avendo il suo effetto che dal giorno della morte, sembra che tutte le disposizioni le quali vi sono contenute debbano riferirsi a questa data. Nulladimeno mi pare preferibile l'opinione contraria, ed io mi fido:

1.^o Sul testo dell'art. 366 \dagger T, il quale sembra formalmente esigere un intervallo di cinque anni fra l'assunzione della tutela e l'adozione, anche testamentaria;

2.^o Che questa disposizione perfettamente combina con lo spirito generale del legislatore, il quale vuole che siavi sempre un intervallo di tempo abbastanza lungo fra l'adozione e l'istante in cui l'adottante ha cominciato a prestar le sue cure all'adottato;

3.^o In fine sulla Regola Catoniana, la quale vuole che la disposizione che sarebbe stata nulla ove il testatore fosse morto immediatamente dopo la formazione del suo testamento, sia sempre nulla, quantunque il testatore abbia vissuto più lungo tempo. (L. 1, ff. *de regula Caton.*).

S'insiste dicendo: O il testatore ha revocato l'adozione prima di morire, o no. Se l'ha revocata, la quistione non ha più luogo. Se non l'ha revocata, è come se l'avesse confermata, o fattane una nuova nel momento della sua morte; ed in questo caso, vien osservato il termine prescritto dalla legge. Io rispondo:

1.^o Che, in materia di testamento soprattutto, questo ragionamento è inammissibile; poichè ne risulterebbe, non esser necessario che il testatore abbia capacità nell'atto di testare, ed esser sufficiente che l'abbia al momento della morte; d'onde seguirebbe che il testamento

pra la successione del tutore, che gli conferirebbe se avesse avuto luogo per atto tra vivi (17);

T..

4. Finalmente che se il tutore morisse prima o dopo i cinque anni, senz' avere adottato il suo pupillo, i rappresentanti di quegli son tenuti a somministrare a questi sino alla di lui maggior' età i mezzi di sussistenza (18); la qualità e quantità dei quali vanno regolate o amichevolmente o per via giudiziale, il tutto senza pregiudizio delle particolari convenzioni che in tutt' i casi debbono essere eseguite.

367
T.

CAPITOLO II.

DELLA TUTELA ORDINARIA.

Sino a tanto che dura il matrimonio, il padre è l'amministratore (19) dei beni che appartengono ai suoi

fatto da un minore di dieci in dodici anni sarebbe valido, sol perchè il testatore fosse morto a ventun anni compiti; il che è contrario a tutt' i principj.

2.^o Non è al certo in materia di testamenti che può dirsi, la non revocazione equivalere ad una disposizione; si sa quanto in generale, massime le persone di età avanzata, ripugnano ad occuparsi di ciò che in loro può destare l'idea della morte, e per conseguenza di tutto ciò che ha rapporto alle loro ultime volontà, ecc.

(17) Egli è ben inteso che in questo caso il consenso del conjuge non è necessario (art. 344 + 267).

Quest' adozione dovrà essere iscritta? Io credo che no. Prima di tutto l'art. 366 + T non ne fa menzione; e vi è d'altronde una ragione, che l'effetto principale dell' adozione essendo quello di dare all' adottato il dritto di succedere all' adottante, e realizzandosi questo effetto al momento stesso in cui l' adozione è conosciuta, sembra inutile il dargli una più grande pubblicità.

(18) Dunque se il pupillo ha d'altronde i mezzi di esistere, egli non ha cos' alcuna da domandare, salva l'esecuzione delle convenzioni particolari. Ma notate che sotto queste parole *mezzi di sussistere*, bisogna intendere non solo gli alimenti necessarj attualmente, ma bensì i mezzi necessarj per porlo in istato da guadagnarsi da vivere in avvenire; per esempio, il fargli apprendere un mestiere, ec. (Argom. tratto dall' art. 369 + T.

(19) Quest' amministrazione è essa una tutela? La questione presenta qualche importanza, prima di tutto per causa dell' ipoteca legale che ha luogo su i beni del tutore, ed in seguito perchè la qualità di tutore imporrebbe al padre delle obbligazioni particolari, quando non fosse altra che quella di far nominare un tutore surrogato. Sembra ri-

figli minori. Questa amministrazione l'obbliga a render conto e della proprietà e delle rendite di quei beni di cui egli non ha l'usufrutto, e della sola proprietà degli altri il cui usufrutto gli è attribuito.

Disciolto il matrimonio, i figli non ancora maggiori van sottoposti alla tutela, o alla curatela se non emancipati.

La tutela ordinaria è il carico imposto ad alcuno dalla legge o dalla volontà dell'uomo, di aver cura gratuitamente (20) della persona e dei beni di un minore.

Il carico imposto: queste parole portano seco una idea

sultare dall'intenzione del Tribunato, sulla proposizione del quale questa disposizione venne adottata, che il padre non sia astretto ad alcuna formalità che la legge impone al tutore, e specialmente all'obbligazione di ottenere in certi casi l'autorizzazione del consiglio di famiglia, di far nominare un tutore surrogato ec. Nulladimeno io penso che se il figlio si trovasse aver degli interessi opposti a quelli di suo padre; per es. se la successione di uno de'suoi fratelli venisse ad aprirsi *ab intestato*, ben sarebbe d'uopo che la ripartizione di questa eredità, se avesse luogo, si facesse con un contraddittore legittimo, tutore *ad hoc*, tutore surrogato, o altro. Io penso parimenti che il padre, benchè amministratore, non potrebbe di sola propria autorità alienare o ipotecare gl'immobili di suo figlio. Bisognerebbe per ciò, ch'egli venisse autorizzato almeno dal tribunale, il quale probabilmente non mancherebbe di consultare la famiglia. Così la sola notabile differenza che io scorgo fra il padre tutore e l'padre amministratore si è, che quegli non può mischiarsi nella gestione prima di aver fatto nominare un tutore surrogato (art. 401 f. T.), mentre che questi non vi farà procedere, che in caso di necessità; ed in secondo luogo che il padre amministratore non è passibile dell'ipoteca legale che ha luogo su i beni del tutore. Arresto della corte di cassazione del 10 dicembre 1821 (bull. n. 86) (a)

(20) Non è già che il tutore non possa reclamare il rimborso delle spese ragionevoli fatte da lui per la persona ed i beni del minore; ma nulladimeno la tutela chiamasi gratuita, nel senso che il tutore non può reclamare alcuna indennità per le sue cure personali.

(a) Eppure vi sono molte altre differenze tra il padre tutore e il padre amministratore. La patria potestà è in gran parte istituita a favore del padre e della madre; la tutela non l'è che a favore de' figli. La patria potestà è un dritto; la tutela un peso. Il tutore quando agisce in questa qualità non è che il mandatario legale del minore, egli agisce in di costui nome, e egli dee conto di tutto quel che fa; al contrario il padre e la madre esercitando gli atti del potere paterno si avvalgono del di loro dritto personale, di un dritto loro proprio: essi non agiscono che in proprio nome, nè debbono render conto ad alcuno dell'uso che fanno della lor potestà, purchè non ne abusino. V. TOULIER, Droit civil. ec. num. 1092.

di costringimento, poichè infatti la tutela è un carico che ogni persona è costretta di accettare, a meno che non l'assistente legittima scusa.

Dalla legge: il che indica la tutela legittima.

O dalla volontà dell'uomo: il che comprende la tutela testamentaria e la dativa, le quali sono conferite dal padre o dalla madre, ovvero dal consiglio di famiglia. Di ciascuna di esse tratteremo separatamente, e quindi esporremo le regole comuni a tutte le tutele. In conseguenza il presente capitolo verrà diviso in otto sezioni, la prima delle quali verterà sulla tutela legittima;

La seconda, sulla tutela testamentaria;

La terza, sulla tutela dativa;

La quarta, sul tutore surrogato e sulle sue funzioni;

La quinta, sulle cause che dispensano dalla tutela;

La sesta, sulla incapacità, l'esclusione e il decadimento dalla tutela;

La settima, sulle funzioni del tutore;

E la ottava, sul rendimento di conti della tutela.

SEZIONE I.

Della tutela legittima.

La tutela legittima è quella che vien conferita direttamente e di pieno dritto dall'autorità della legge.

Di pieno dritto: cioè senza alcuna specie di formalità, talchè il tutore legittimo divien risponsabile dal punto in cui ha dovuto aver cognizione dell'evento che dà luogo a fargli assumere la tutela.

La tutela legittima è di tre sorti: quella del padre e della madre, quella degli ascendenti, e quella degli ospizj. Tutte le regole relative a quest'ultima maniera di tutela saranno riunite in un capitolo particolare.

§. I.

Della tutela del padre e della madre.

La tutela legittima del padre e della madre è quella che dopo la morte naturale o civile di uno dei congiunti appartiene al superstite.

Dopo la morte: poichè nel caso di separazione personale o di assenza dell' uno dei coniugi, la cura della persona e l' amministrazione dei beni dei figli vengono regolate a norma delle disposizioni riferite nei Titoli dell' *assenza e del matrimonio* (21)

(21) Osservate gli art. 141 142 e 143 † 145 146 147 e pel caso di assenza, e 302 e 303 † 232 e 233 pel caso di separazione personale.

Per la tutela de' minori della famiglia reale di Francia vedete l' ordinanza del Re citata nella nota 1 della pag. 289 del tom. 2, e qui appresso la nota 44 pag. 20.

Il padre e la madre naturale son forse i legittimi tutori del figlio che essi hanno riconosciuto? Si vede che l' art. 383 † 310 loro concede tutti quei dritti della patria potestà che sono stabiliti in favore del figlio. Or la tutela è tutta in favore del pupillo. D' altronde i dritti che la tutela attribuisce al tutore sono molto meno estesi di quelli i quali risultano dalla patria potestà. Da ciò io conchiudo, che la tutela legittima ha luogo riguardo al padre ed alla madre naturale; che durante la di loro vita, debb' essere esercitata dal padre, dopo la di lui morte, dalla madre se non è maritata, o è vedova; altrimenti, che debbasi conformare a di lei riguardo agli art. 395 e 396 † 317 e 318. In questo senso venne deciso in Bruxelles il 4 febbrajo 1811. (SIREY 1811, 2. par. pag. 476.) A dire il vero una decisione contraria fu pronunziata in Parigi il 9 agosto 1811 (*ib.* p. 475); ma i motivi di quest' ultima decisione non mi sono sembrati sufficienti per determinarmi a cambiar di opinione su questo punto (a).

(a) *Troppo leggermente ci sembra che il nostro autore risolva una tal quistione lunga pezza agitata nel foro francese, e con tanto vigore discussa tra i giureconsulti ROLLAND DE VILLARGUES e LOISEAU. La corte di appello di Parigi se negò alla madre la tutela legittima del figliuolo riconosciuto, si appoggiò alle seguenti ragioni: che a' termini dell' art. 390 † T. la tutela legale non ha luogo che nel caso di scioglimento di matrimonio, e non appartiene che al superstiti tra' coniugi; che l' art. 405 † 326 lungi di formare eccezione all' art. 390, n' era anzi una conseguenza, mentre supponeva la deficienza anche degli ascendenti maschi, la quale non era applicabile ai figliuoli naturali che non hanno famiglia; e finalmente che nel silenzio della legge relativamente ai figliuoli naturali, la giustizia dovea determinarsi sulle norme del dritto generale, ed ascoltar l' interesse de' costumi, i quali esigono che la di costoro tutela sia dattiva. Ciò non ostante l' opinione contraria è stata seguita da quella Corte di cassazione nella decisione de' 31 agosto 1815 (SIREY, an. 1815, par. 1 pag. 366) colla quale ebbe per vero che una madre naturale non potea reclamar la tutela legittima, perchè maritata senza essere stata dal consiglio de' parenti mantenuta nella tutela.*

Comunque sia, per noi la quistione sembra risolta più chiaramente a favore del padre e della madre naturali, poichè le disposizioni tutte sulla patria potestà sono applicate, come vedemmo, anche ai figliuoli naturali, e solo in ciò che riguarda gli effetti civili

Al superstite: il dritto dei due congiugi non è peraltro il medesimo a tal riguardo. Molte distinzioni debbono farsi tra il padre e la madre:

1.° Il padre non può ricusar la tutela, a meno che non ne abbia legittima causa: la madre al contrario può ricusarla senza assegnarne motivi; se non che, ella è allora tenuta a far nominare un altro tutore, e sino a quel punto adempiere la tutela. 394
316.

2.° La tutela del padre superstite non può essere modificata dalla madre (22); laddove s'egli premuore, può destinare un consulente speciale il di cui parere dee prendersi dalla madre per tutti gli atti della tutela (23), se il padre nulla abbia eccettuato; o nel caso contrario, 391
intorno a quelli che egli ha espressamente specificati (24). 313.

(22) Ma *quid* se la madre o qualunque altra persona facesse una disposizione in favore di un minore, sotto la condizione che i beni che la compongono saranno amministrati da una persona designata diversa dal padre? La corte di Besanzone decise il 15 novembre 1807, che una simile condizione dovesse aversi come non iscritta, perchè tendente al disprezzo della paterna autorità, e per conseguenza contraria ai buoni costumi. La disposizione di questo arresto mi sembra troppo rigorosa. Non potrebbe forse accadere che la condotta del padre fosse tale da non dar luogo ad una destituzione, e che intanto essa potesse ispirare una giusta diffidenza al testatore? Potrebbe in questo caso trovar male ch'egli prenda delle precauzioni per assicurare la conservazione de' beni da lui donati al fanciullo? Da un'altra parte, egli può avere il desiderio che la donazione fatta sia specialmente impiegata in tale o tal altro modo vantaggioso al minore; e possono esservi delle ragioni da temere che le di lui intenzioni non siano esattamente adempite dal padre tutore o amministratore. Io penso dunque che la decisione può in questi diversi casi dipendere dalle circostanze, ma che come punto di dritto generale la disposizione nulla ha che sia contrario ai buoni costumi ed all'ordine pubblico.

(23) Solamente di amministrazione. Io non penso che ciò possa estendersi agli atti relativi alla persona, nè ai dritti appartenenti alla madre a motivo della patria potestà. (Argom. tratto dall'art. 1388 § 1342.) Il padre non può anche, in quanto ai beni, che obbligare la madre a prendere l'avviso del consulente designato. Egli non può ad altri confidare gli atti di amministrazione i quali ella ha dritto di fare come tutrice. Così fu deciso, e ragionevolmente, in Genova il 10 agosto 1811. (Gior. della giurispr. del Cod. civ. tom. XVII pag. 465).

(24) Se l'operazione fosse di natura da recar pregiudizio al minore e a dar luogo ai danni ed interessi, il consenso del consulente disca-

della medesima risultanti dalle nozze, tal potestà è limitata ai figli legittimi. (V. gli art. 294 e 510; e le nostre osservazioni su di essi al Tit. VII).

La nomina di questo consulente può esser fatta o per atto
 392 di ultima volontà (25), o con una dichiarazione avanti notari
 314 o fatta avanti al giudice di pace assistito dal suo cancelliere.

3. Il secondo matrimonio del padre nulla cambia
 alla tutela (26); mentre che nel caso medesimo la tu-

richerebbe forse la madre da ogni responsabilità? Io non lo credo, e il mio sentimento in ciò è conforme a quello di PAPINIANO, riferito da ULPIANO nella legge 5, § 8, ff. *de admin. et peric. tut.* Il consulente non può costringere la madre ad agire. Tutto ciò ch'ella fa, lo fa dunque volontariamente; quindi ne debb'essere responsabile. Inutilmente ella direbbe di non avere sufficienti lumi, di essersene rimessa al consulente; si appartenerà a lei il non accettar la tutela, poichè impunemente poteva rifiutarla. Ma il consulente sarebbe egli egualmente responsabile? La quistione è più difficile. Forse si potrebbe distinguere: se il pregiudizio cagionato al minore risultasse da una cattiva operazione fatta dalla madre, si potrebbe dire che questa essendo sempre la padrona di agire o di non agire, si è al caso d'applicar la legge 47, ff. *de regulis juris* *non fraudulenti nulla est obligatio*. Ma se il pregiudizio risulta da un'operazione che avrebbe dovuta esser fatta e ch'è stata impedita dalla sola opposizione del consulente, io penso ch'ei potrebbe secondo le circostanze esser tenuto, ed anche solo, ai danni ed interessi del pupillo.

Una seconda quistione più delicata ancora è quella di sapere se gli atti fatti con la tutrice non assistita dal consulente, nei casi nei quali tale assistenza era richiesta, possano esser validi. Per esempio, il padre fra le altre cose ha proibito alla madre tutrice di riscuotere verun capitale mobiliare senza l'assistenza del consulente; un debitore della successione, ignorando la clausula del testamento, paga alla madre sola: "il danaro si trova dissipato. Il debitore sarà egli obbligato di pagare per la seconda volta? Io non lo penso: e mi poggio sull'art. 1240 § 1193 il quale dice, che il pagamento fatto di buona fede a colui che trovasi nel possesso del credito è valido, quand'anche non ne fosse il proprietario. Or qui la madre con la sua qualità di tutrice ha per se il dritto apparente d'incassare le somme mobiliari appartenenti a' suoi figli. Niente vi ha che dia della pubblicità alla nomina di un consulente. Ma fa d'uopo che il debitore sia di buona fede; poichè se fosse pruovato ch'egli per la sola notorietà pubblica aveva, o che anche solamente dovea aver conoscenza della nomina del consulente, il pagamento sarà nullo e dovrà esser rinnovato, salvo il regresso del debitore contro della madre.

(25) Se quest'atto fosse nullo per mancanza di forma come atto di ultima volontà, ma che fosse valido come atto ordinario, *puta se* alcuno de' testimonj fosse incapace, sarebb'egli valido almeno in quanto alla nomina del consulente? Siffatta quistione ha rapporto ad un'altra molto più importante che noi tratteremo al Titolo *de' testamenti* nota 335. Noi possiamo frattanto dire che riguarderemmo in questo caso la nomina del consulente come valida.

(26) Per la ragione che il padre rimaritato resta sempre capo della sua famiglia, in luogo che la moglie rimaritata passa nella famiglia di suo marito.

tela non è serbata alla madre, se non quando così l'abbia deciso il consiglio di famiglia (27) ch'ella è in obbligo di convocare prima di passare a seconde nozze, sotto pena di decadere di pieno diritto dalla tutela (28), e di rendere il suo secondo marito responsabile in solido (29) con lei di tutte le conseguenze (30). Se il con-

(27) I membri di questo consiglio i quali non sono di avviso di conservare la tutela alla madre, sono essi obbligati di assegnare i loro motivi a norma dell'art. 447 § 370? Fu deciso negativamente in cassazione il 17 novembre 1813. (*Bullet.* n. 129), e con ragione. Propriamente parlando quella non è una destituzione, ma realmente una nuova nomina, poichè è il secondo marito che di fatto sarà tutore. Or i membri del consiglio non sono punto obbligati ad assegnare le ragioni per le quali essi nominano la tale persona. D'altronde nel caso di destituzione, siccom'essa non può aver luogo che dietro motivi determinati, bisogna ben conoscere quali sian quelli che han determinato il consiglio, acciò il tutore possa pruovarne la falsità, se vi ha luogo. Or qui la legge non accorda nè alla madre nè al secondo marito il dritto di reclamare contro la decisione la quale nominasse un altro tutore.

(28) Ma si è deciso in Torino, e ragionevolmente, il 25 giugno 1810 (*SIREY*, 1812, 2. par. p. 417) che sino all'entrata in funzione del nuovo tutore, gli atti fatti dalla madre, e contro di lei in qualità di tutrice, fossero validi riguardo ai terzi di buona fede.

Allorchè la madre è decaduta, per effetto della presente disposizione, e che vi siano degli ascendenti, la tutela vien loro conferita di pieno dritto? La negativa fu decisa in cassazione il 26 febbrajo 1807 (*Gior. della giurispr. del Cod. civ.* tom. VIII, pag. 324), e con ragione. L'articolo 395 § 317 non dice che la madre sia destituita, ma che perda la tutela di pieno dritto, cioè senza che vi sia neppur bisogno a questo riguardo della risoluzione del consiglio di famiglia; ma esso non proibisce di nominarla di nuovo alla tutela, ove la mancanza di convocazione per parte sua non sia effetto di dolo, ma di oblio, o anche d'ignoranza del dritto, e che il secondo marito sia giudicato capace di amministrare la tutela. Così giudicato a Metz il 12 aprile 1820 (*SIREY*, 1821, 2. par. p. 339). Ma io credo puranche, che se il consiglio decida il contrario, e confermi il decadimento, la tutela vien conferita di pieno dritto al prossimo ascendente nell'ordine stabilito dall'art. 402 § 323. Il caso allora è assolutamente lo stesso che se la madre fosse stata destituita.

(29) Due debitori sono solidali qualora ciascuno di essi può in virtù del titolo dell'obbligazione essere costretto per l'intero debito di maniera però che il pagamento fatto da uno libera l'altro rispetto al creditore.

(30) Cioè di ogni gestione, anche anteriore al matrimonio, ed anche della mancanza di gestione.

Su i beni del marito vi sarà luogo all'ipoteca tacita, che l'art. 2135 § 2021 accorda al minore su i beni del suo tutore? Io non lo

siglio di famiglia da lei convocato le conserva la tutela, il secondo marito è allora necessariamente nominato con-
 396 tutore (31), e diviene in solido responsabile dell'ammi-
 318 nistrazione posteriore al matrimonio (32).

4. Finalmente, se alla morte del padre la madre
 trovasi incinta (33), la tutela rimane sospesa fino all'e-
 poca del parto; e per questo intervallo di tempo dal
 consiglio di famiglia vien nominato un curatore al ven-
 tre (34), il quale alla nascita del figlio n'è *ipso jure*
 393 il tutore surrogato, e la madre ne diviene allora legiti-
 315 tima tutrice (35).

credo. Il marito non è tutore in questo caso; e nel sistema ipotecario attuale, l'ipoteca tacita è un dritto esorbitante che non può esser esteso.

(31) Osservate ch'egli non è tutore, ma co-tutore. Intanto egli sarà sovente colui il quale amministrerà di fatto la tutela. Ma si è voluto far con ciò comprendere prima di tutto, che gli atti della tutela debbono esser fatti dai due coniugi unitamente; e di più che il marito non può essere tutore se non fino a quando la madre sarà tutrice: talchè se venga a cessar questa di esser tale per morte, destituzione, ecc., egli egualmente cesserà di pieno dritto d'esser tutore. (Arg. tratto dall'art. 400 † 322 e dalla discussione su questo articolo).

Quid se il marito amministri male la tutela ed incorra nella destituzione? La madre debb' egualmente cessare di esser tutrice, salvo, se vi ha luogo, a conferirle di nuovo la tutela dopo lo scioglimento del matrimonio, s'è provato di non aver ella in cos'alcuna partecipato alle malversazioni di suo marito. Deciso in questo senso in Bruxelles il 18 luglio 1810 (SIREY, 1811, 2. par. p. 433).

(32) Ma non di quella che fosse anteriore; ed ecco in che egli differisce da colui il quale ha sposato una madre tutrice senza che il consiglio di famiglia siasi anticipatamente convocato.

(33) O si dichiara tale. Non è necessario di ricorrere ai mezzi di verifica, i quali potrebbero essere insufficienti. Non vi ha d'altronde inconveniente alcuno a rimettersi in tal caso alla dichiarazione della madre, la di cui verità o falsità non può tardare a manifestarsi.

(34) E non un tutore. Non si dà un tutore che alla persona, ed il postumo non ancora esiste. D'altronde la di lui nomina ha luogo nell'interesse non solo del postumo, ma ancora di tutti quei che dovranno raccogliere la successione, se il figlio nasce morto o non vitale. In una parola, questo curatore è incaricato di conservare la successione per coloro che vi avranno dritto dopo del parto. In conseguenza è dato piuttosto ai beni che alla persona. Io penso inoltre ch'egli abbia riguardo ai beni gli stessi dritti del tutore.

(35) Egli è ben chiaro che qui si tratta del caso in cui non vi esistono altri figli; poichè allora siccome i figli già nati e l'postumo hanno il medesimo interesse, le misure prese a riguardo degli uni basteranno a riguardo dell'altro. Ma se il postumo avesse per avventura un interesse opposto a quello degli altri fratelli, sarebbe da conformarsi all'art. 393 † 315.

§. II.

Della tutela degli ascendenti (36).

La tutela legittima degli ascendenti è quella che in mancanza del padre, della madre e del tutore da loro assegnato (37), spetta di pieno diritto agli ascendenti maschi del pupillo nel grado il più prossimo, in modo però che in parità di grado sia sempre preferita la linea paterna e mascolina.

Noi diciamo *in mancanza di tutore da loro assegnato*: poichè la tutela degli ascendenti non ha luogo che in mancanza della testamentaria, di cui sarà trattato nella seguente sezione.

Agli ascendenti maschi: poichè la madre è la sola donna che sia legittima tutrice. Le altre ascendenti non sono capaci che della tutela dativa o testamentaria (38).

(36) Regolarmente non avremmo dovuto trattare della tutela degli ascendenti che in seguito della testamentaria, poichè quest'ultima, quando esiste, impedisce quella degli ascendenti; ma non abbiamo creduto dover dividere ciò che riguardava entrambe le specie di tutela legittima.

(37) Bisogna intendere queste parole non solo come relative al caso in cui non sia stato assegnato tutore alcuno, ma parimenti a quello in cui il tutore assegnato non può esercitare per causa di esclusione, di destituzione o di legittima scusa, e finalmente al caso in cui il tutore venisse a morire prima di terminar la tutela. L'art. 405 § 326 dice che non vi ha luogo a tutela dativa se non quando non vi ha nè padre nè madre nè tutore testamentario nè ascendente mascolino. Dunque poichè esiste un ascendente mascolino, capace di amministrare la tutela, essa gli vien conferita di pieno diritto.

Nè osta la disposizione del diritto romano, la quale decideva che vi era luogo alla tutela dativa, sinchè vi esistesse il tutore testamentario, quantunque fosse stato scusato o destituito. Questo avea riguardo a ciò: presso i Romani la tutela legittima degli agnati era riguardata sotto un aspetto svantaggioso, perchè tendeva a confidare la persona del pupillo a colui il quale doveva raccogliermela la successione, e che per conseguenza avea interesse ad abbreviare i suoi giorni. Presso di noi al contrario la tutela legittima degli ascendenti è estremamente favorevole; *nullus est affectus qui vincat paternum*.

(38) Perchè queste due ultime tutele suppongono una scelta da parte dell'autorità, o della persona che le conferisce. Si suppone dunque che l'ascendente non sarà nominata che soltanto quando sarà giudicata capace di amministrare la tutela. Non è lo stesso poi qualora la tutela è legittima, poichè va conferita di pieno diritto. Resterebbe in vero il

402 *In modo che sia sempre preferita la linea paterna :*
 323 poichè in parità di grado, l'ascendente paterno sempre
 va preferito (39).

E mascolina : poichè può avvenire che in mancanza di ascendenti del secondo grado, vi sia concorrenza tra due ascendenti del terzo grado, entrambi della linea paterna, ma non già tutti e due della mascolina; ed allora la tutela appartiene in preferenza all'ascendente mascolino. *Esempio :* Un vedovo che non ha nè padre nè madre ma che ha tuttavia l'avo paterno ed il materno, muore lasciando un figlio minore privo di ascendenti materni; questi si trova dunque aver due bisavoli, ambi della linea paterna; in questo caso va preferita la linea mascolina, e perciò quegli il quale non appartiene
 403 al pupillo che per parte di maschi, o in altri termini,
 324 l'avo paterno del di lui padre.

Se la stessa concorrenza ha luogo tra due bisavoli
 404 materni, spetta al consiglio di famiglia scegliere a qual
 325 dei due la tutela debba essere affidata (40).

SEZIONE II.

Della tutela testamentaria.

La tutela testamentaria vien conferita da quello de' genitori che muore l'ultimo (41). Essa chiamasi testa-

mezzo di esclusione o di destituzione; ma si è voluto evitare tal dispiacere alla ascendente. *Turpius ejicitur quam non admittitur.* D'altronde non si può escludere o destituire che ne' casi determinati dalla legge; ed è possibilissimo che il consiglio di famiglia giudichi una ascendente incapace di amministrare la tutela quantunque ella non fosse in alcuno de' due casi di esclusione o destituzione.

(39) Ma l'ascendente materno più prossimo è preferito all'ascendente paterno più lontano. Così l'avo materno è preferito al bisavo paterno.

(40) Ma ei non può scegliere che fra i due bisavoli.

(41) Purchè non siano stati essi esclusi, o destituiti dalla tutela. L'articolo 445 § 368 esclude dai consigli di famiglia anche gl'individui esclusi o destituiti da una tutela. Tanto maggiormente essi debbono rimaner privi del dritto di sceglier soli il tutore.

Il padre o la madre potrebbero nominare più tutori? Pare che lo spirito generale del Codice sia di non nominarsene che uno, salvo il caso previsto nell'art. 417 § 338. Io nulladimeno opino, che l'ultimo che muore potrebbe, senza recar pregiudizio alla tutela legittima o data che

mentaria, poichè ad esempio delle disposizioni di ultima 397
volontà, non ha effetto che dopo la morte di quello il 319
quale l'ha conferita. Può del resto assegnarsi non solo 392

potesse aver luogo, prescrivere le misure credute convenevoli per l'educazione de' suoi figli, e designare anche le persone alle quali dovrebbe esser confidata questa educazione.

Si è parimenti deciso in Roano il 5 maggio 1814, ed in cassazione agli 8 agosto 1815, che quantunque non vi fosse alcun soggetto di lagnanza contra il tutore il quale nella specie era un parente collaterale, pure il consiglio di famiglia poteva esser consultato sulla questione, se una minore doveva o no esser confidata all'avola propria. (SIREY, 1815, 1.^a par. p. 321). Ed io riguardo questa decisione come al sommo giusta, soprattutto allorchè si tratta dell'educazione di una fanciulla. La tutela è interamente nell'interesse del pupillo: tutto dee per conseguenza cedere a quest'interesse.

Un individuo potrebb'egli, facendo una disposizione in favore di un minore, apporvi la condizione che i beni ch'ei dona saranno amministrati dalla tale persona diversa dal tutore? Io credo di sì. Niente in ciò io veggo che sia contrario ai buoni costumi. D'altronde non sarebbe questi per ciò un tutore, poichè non avrebbe alcun dritto relativamente alla persona, e che se il disponente non l'avesse incaricato dell'impiego delle rendite, ciò che potrebbe anche aver luogo, egli sarebbe sempre tenuto a rimetterle al tutore del donatario. (Vedete qui sopra la nota 22 pag. 12).

Il conjuge di cui l'altro è interdetto, può nominare morendo un tutore ai suoi figli? Io non vi veggo difficoltà. Questo dritto accordato al padre ed alla madre è interamente nell'interesse de' minori: *nullus est affectus qui vincat paternum*; ma se l'interdizione viene ad esser tolta, e che il conjuge vedovo reclami la tutela, essa gli dovrà essere restituita. Questa decisione non reca pregiudizio alcuno agl'interessi dell'interdetto, e sufficientemente provvede a quelli de' figli.

Si è chiesto se in virtù di questi articoli, un padre nell'impossibilità di continuare la gestione della tutela de' suoi figli, potrebbe, vivente ancora, nominar loro un tutore? Io penso che no. L'articolo non accorda questo dritto che all'ultimo de' genitori il quale viene a morire. D'altronde è ben più semplice che il padre in questo caso conservi la tutela, e dia la sua procura a colui che avrebbe nominato tutore. Questa misura porterebbe anche il vantaggio, che per poco ch'ei si accorgesse di una piccola negligenza, egli potrà revocar la procura ancora più facilmente che non potrebbe far togliere la tutela (a).

(a) Il *TOULLIER* pare di contrario avviso, num. 1102. Non vi è, dice egli, alcuna disposizione che lo proibisca. Il permesso dato dall'art. 397 † 319 non è limitato al caso di morte del sopravvissuto padre o madre, e non vi è ragione di ricusargli il dritto di farsi surrogare da un tutore di sua scelta in caso di legittima scusa, piuttosto che in caso di morte. Il signor *MALLEVILLE* pensa che si debba accordare alla madre che trova l'amministrazione della tutela superiore alle sue forze il dritto di scegliere un tutore ai suoi figli,

314 per testamento, ma benanche con dichiarazione fatta a-
398 vanti notari, ovvero innanzi al giudice di pace assistito
320 dal suo cancelliere (a).

Diciamo *da quello de' genitori che muore l'ultimo*:

1.^o Perchè se sopravvive la madre, il padre non può conferir la tutela in di lei pregiudizio, ma soltanto, come il dicemmo, destinarle un consulente;

2. Poichè il diritto di assegnare un tutore è comune al padre ed alla madre, con questa differenza pertanto, 399 che la madre rimaritata e non mantenuta nella tutela
321 perde questo diritto riguardo ai figli di primo letto (42);

Il padre che si fosse scusato dalla tutela, potrebbe nominare un tutore ai suoi figli nel testamento? Io nol credo; o almeno questa nomina non dovrebbe aver effetto se non quando la tutela diventasse vacante. Altrimenti, siccome dietro la scusa proposta dal padre, i figli si trovano di avere un tutore, sia legittimo, sia dativo, così ciò sarebbe dare al padre il dritto di destituirlo. Or noi non troviamo in alcun luogo che la legge gli dia questa facoltà.

(42) *Quid* se la madre, senza essersi rimaritata, abbia fatto uso della facoltà a lei data dall'art. 394 † 315 di rifiutare la tutela? Mi sembra non esser convenevole di concederle in questo caso il dritto di nominare un tutore con testamento e ciò per la ragione addotta nella precedente nota in riguardo al padre. In fatti il più delle volte la madre avrà rifiutata la tutela, o per non prendersi tal pensiero, o perchè si è creduta incapace di amministrarla. Nel primo caso, essa non merita il dritto di nominare un tutore. Nel secondo, è poco probabile ch'ella abbia tanto discernimento da potere sceglierne uno. D'altronde, e questa ragione mi sembra perentoria, è cosa ben semplice, che ove i figli rimangono senza difensore, il padre o la madre loro scelga un tutore. Ma qui essi debbono averne uno nominato sia dalla legge, sia dal consiglio di famiglia. Or è egli giusto, anzi dell'interesse del minore,

poichè questa scelta non è proibita dall'art. 399 † 321 se non alla madre rimaritata e non mantenuta nella tutela. Questa opinione è ragionevole e conforme allo spirito del Codice. Come, per esempio, ricusare ad un padre chiamato ad un pubblico impiego, incompatibile colle sue funzioni di tutore, il dritto di nominarsi nella tutela de suoi figli un successore che potrà sorvegliarli, per accordarlo ad un padre debole e moribondo, al quale può esser questa scelta sorpresa? Intanto, conclude egli e con ragione, l'art. 397 dice che questo dritto non è accordato che all'ultimo che muore dei genitori, e queste espressioni che possono riguardarsi come non sinonime del sopravvivate producono delle difficoltà anche ne' più illuminati. Così la questione può essere considerata ancor come dubbia.

(a) Ed è perciò che impropriamente si dà a questa tutela il nome di testamentaria, mentre il Codice ha evitato di così nominarla.

è che il tutore nominato dalla madre rimaritata, ancorchè conservata nella tutela, ha bisogno che lo confermi il consiglio di famiglia (43). 400 322

Del rimanente il tutore eletto dal padre o dalla madre può ricusar la tutela in tutt' i casi in cui avrebbe potuto farlo, se fosse stato nominato dal consiglio di famiglia. T. (Si veggia la sez. V. seguente.) 401

SEZIONE III.

Della tutela dativa.

La tutela dativa è quella che in mancanza della legittima e della testamentaria, è conferita dal consiglio di famiglia; e siccome d' altronde l' intervento di questo consiglio è necessaria in ogni tutela, e che perciò importa il determinare in generale il modo della sua composizione, la forma delle sue deliberazioni e la natura non che l' estensione de' suoi officj, di questi diversi oggetti ci occuperemo ne' quattro paragrafi seguenti. 405 326

§. I.

Della formazione del consiglio di famiglia.

Il consiglio di famiglia è un' assemblea di parenti o affini del minore preseduta dal giudice di pace (44). Esso 407 328

che la madre possa con un atto di sua volontà rivocare il tutore nominato dalla legge o dalla famiglia, e che costui il quale ha adempito fino a quel punto un incarico oneroso, sia obbligato di cederlo ad una persona la quale non ha in suo favore che la scelta di una madre spensierata o incapace?

(43) La legge non distingue se la madre sia o no vedova; il che pruova la verità di ciò che abbiamo detto, cioè che il marito di una moglie tutrice, anche mantenuta nella tutela, cessa di esser tutore quando la moglie cessa di esser tutrice; e ciò che maggiormente lo dimostra si è che si vede dalla discussione, l' intervento del consiglio di famiglia esser qui principalmente richiesto, perchè si è pensato che la madre potrebbe scegliere per tutore il suo secondo marito, o una persona dallo stesso indicata.

(44) Una ordinanza del Re di già antecedentemente citata (in fine della prima nota al tit. VIII. tom. 2. pag. 289) ordinaciò che segue per rapporto ai Principi e Principesse della famiglia reale ».

1. Il consiglio di famiglia è composto primieramente dai principi

416 è convocato a richiesta e per cura dei parenti del mi-
 337 nore, dei suoi creditori, o di qualunque altra parte
 interessata (45). Può anche esser convocato *ex officio* dal
 giudice di pace del luogo in cui la tutela è aperta (46),
 406 al quale perciò qualunque persona può denunciare (47)
 327 il fatto che dà luogo alla convocazione.

Questo consiglio è d'ordinario composto, oltre il
 giudice di pace, di sei parenti o affini (48), metà del

della famiglia e del sangue reale, ed in seguito dai parenti che il Re
 giudica a proposito di chiamarvi (art. 5.).

2. Il consiglio si riunisce nel luogo indicato dal Re (ivi.).

3. Il Cancelliere di Francia esercita in questa occasione le fun-
 zioni attribuite dal Codice al giudice di pace (art. 4.).

4. Le funzioni di segretario saranno esercitate dal custode degli
 archivii della Camera de' pari (ivi.).

5. Debbono a questo consiglio rendersi i conti della tutela, se
 vi è luogo, prima della maggiore età del pupillo (art. 3.).

6. Il consiglio adempie per gli atti della tutela tutte le fun-
 zioni che riguardo ai particolari sono dal Codice delegate ai consigli
 di famiglia ordinarii (ivi.).

7. In tutti i casi in cui tra i particolari, le deliberazioni del
 consiglio di famiglia sono soggette all'omologazione del tribunale,
 questa omologazione vien rimpiazzata dall'approvazione del Re (art. 6.).

(45) Così, la revocazione può esser richiesta da un debitore del
 minore il quale vuol liberarsi; da un comproprietario il quale vuol
 far licitare l'immobile comune ecc.

(46) L'art. dice: *il giudice di pace del domicilio del minore*.
 Io ho cambiata questa redazione, perchè equivoca. Ciò che si è detto
 qui del consiglio di famiglia è generale, e si applica a tutt'i casi nei
 quali può esser esso convocato, sia all'apertura della tutela, sia du-
 rante la sua amministrazione. Or il minore sotto tutela altro domicilio
 non avendo che quello del suo tutore, si sarebbe potuto credere che in
 caso di cambiamento di domicilio dalla parte di quest'ultimo, la con-
 vocazione doveva aver luogo avanti al giudice di pace del nuovo do-
 micilio; il che non è così, come sarà detto qui appresso alla nota 90.
 pag. 36. Deesi adunque intendere per queste parole *domicilio del minore*
 quello ch'egli aveva quando incominciò la tutela.

(47) E non già *fare istanza*. Non vi han che i parenti, i credi-
 tori, ed altre persone interessate, le quali abbiano il dritto di far
 istanza, ed alla istanza de' quali il giudice di pace sia tenuto di de-
 ferire.

(48) L'affinità dura ancora dopo la morte della moglie che la pro-
 duceva? Certamente, ove rimangono figli del matrimonio (Arg. tratto
 dall'art. 206†T). Così fu deciso in cassazione il 16 luglio 1810 (*Gior.*
della giurispr. del Cod. civ. tom. 15 pag. 261). Si decise in vero
 a Bruxelles li 11 giugno 1812, che l'affinità sussistesse quand'anche
 non vi fossero figli (SIREY, 1813, 2. par. p. 220); una siffatta de-
 cisione non mi sembra molto fondata.

lato paterno, e metà del lato materno, secondo l'ordine 407
di prossimità in ciascuna linea. 328

Abbiain detto d'ordinario: poichè gli ascendenti, anche quelli legittimamente scusati, le ascendenti vedove (49), i fratelli germani ed i mariti delle sorelle germane (50) fanno necessariamente parte del consiglio di famiglia, qualunque sia il loro numero, e quand' anche 408
eccedesse quello di sopra indicato. 329

E secondo l'ordine di prossimità: salve tuttavia le eccezioni e modificazioni seguenti:

Primieramente: il parente debb' esser preferito sempre all' affine nello stesso grado (a); e fra quelli di ugual

(49) E non le vedove di ascendenti. Questo termine mi è sembrato troppo generale, poichè comprenderebbe ancora le seconde mogli degli ascendenti, che il legislatore non ebbe certamente l'intenzione di chiamare al consiglio di famiglia convocato pei figli o discendenti del primo letto; e ciò che l' pruova si è, che sulle prime si era detto le ascendenti; il che non poteva intendersi delle ascendenti solamente per affinità; ma in seguito dell' osservazione fatta che si potrebbe conchiuderne che le ascendenti maritate fossero chiamate in concorso coi di loro mariti, si sostituirono queste parole *vedove di ascendenti*. Dunque il cambiamento non ebbe per oggetto che d' impedire il concorso del marito e della moglie nel medesimo consiglio di famiglia, e non di accordare alle ascendenti per affinità il dritto di esservi chiamate.

(50) Se tuttora è vivente la moglie, o se vi restano figli del matrimonio. (V. la nota 48 pag. 21.

Quid riguardo alle sorelle non maritate o vedove? Queste non possono esser chiamate. A' termini dell' art. 442 † 363 niuna donna, salvo la madre o le ascendenti, può esser chiamata al consiglio di famiglia.

Quid riguardo a' nipoti, figli di fratelli germani? La questione può specialmente elevarsi nel caso dell' interdizione. Si decise dalla cassazione, come dalla stessa sentenza citata nella nota 48, ch' essi dovevano esser chiamati, e che contavano per le due linee. Il che d' altrove sembra conseguente alle disposizioni del Codice relative alle successioni collaterali.

Come deesi qui intendere ciò che si è detto, cioè che i parenti germani contano per le due linee? Si ha da intendere che se per esempio ve ne sono quattro, non se ne dee chiamare più di uno per ciascuna linea. *Quid* se ve ne siano tre? Si chiameranno tre altri parenti affini, uno cioè di una linea, e due dell' altra. In quanto alla scelta della linea che dee somministrarne due, dipenderà dal giudice di pace, il quale dovrà determinarsi secondo le circostanze; come, se una delle due linee fosse più numerosa, o pure se presentasse parenti più prossimi, ec.

(a) *Ma la legge non pronunzia la nullità delle operazioni di un*

407 grado, parenti o affini che sieno, va preferito il più
328 vecchio.

Secondariamente: se uno o più de' parenti prossimi dimorano ad una distanza maggiore di due miriametri (circa quattro leghe) dal luogo ove la tutela è *ivi* aperta, possono essere suppliti (51) da parenti di un grado più lontano (52).

In terzo luogo: in caso d'insufficienza del numero dei parenti ed affini nell'una o nell'altra linea (53) dimorante nella distanza indicata, il giudice di pace (54) può

(51) *Possono*, e non già *debbono*. Non di qui a poco andremo a vedere che il giudice di pace può chiamarli non ostante la lontananza.

(52) Ove non si trovassero attualmente alla distanza richiesta. Poichè io penso che un parente benchè domiciliato a cinquanta leghe, ed accidentalmente si trovasse sul luogo o alla distanza di due miriametri al momento della convocazione, non solo potrebbe, ma dovrebbe esser anche chiamato, se fosse al caso di esserlo.

Del resto, il motivo che sembra aver fatto ammettere che i più prossimi parenti sarebbero rimpiazzati, allorchè dimorassero ad una data distanza, è stato di risparmiare le spese del viaggio al minore che sarebbe tenuto di pagarle. Dal che io conchiudo, che se costoro si offrono di venire a loro spese e che non ne derivi un ritardo pregiudizievole agl'interessi del minore, non si ha dritto di rimpiazzarli. Il contrario intanto sembra essersi deciso in Roano il 29 novembre 1816 (SIREY, 1817, 2. par. p. 76).

(53) Quindi basta che una delle due linee non sia completa, per essere obbligato a chiamare degli amici. Non si può completarla con parenti o affini dell'altra linea. Si è voluto evitare l'influenza di una della linee sull'altra.

(54) È solo il giudice di pace che abbia il dritto di chiamare. In verità si possono a lui indicare talune persone; ma egli è solo giudice della di loro idoneità, e può chiamar quelle che giudica più a proposito. Un arresto della corte di appello di Besanzone del 9 aprile 1808 (SIREY, 1809, 2. par. p. 158) annullò con ragione la deliberazione di un consiglio di famiglia, al quale erano stati chiamati tre amici, convocati solamente da colui che aveva richiesta la convocazione. Si comprende bene quanto importante sia per gl'interessi del minore di non abbandonare a colui il quale richiede la convocazione il dritto di comporre il consiglio come a lui par convenevole. Ma notate la differenza del potere del giudice di pace, relativamente ai parenti o agli amici. Egli può chiamare de' parenti a qualunque distanza si fossero, e sono essi tenuti di comparirvi, salvo però se volessero *ivi* farsi rappresentare: laddove gli amici non sono obbligati di rendersi alla con-

consiglio di famiglia, qualora non siasi osservata questa disposizione. Veggasi la decisione della Corte di Cassazione Francese del 22 luglio 1807 nel SIREY, tom. 7. parte 1. pag. 310 a 326.

chiamare quelli domiciliati a distanze maggiori, o anche
 persone (55) cognite per aver avuto abitualmente rela-
 zioni di amicizia col padre o colla madre del minore (a).
 Egli ha del pari la facoltà, anche allora che il numero
 dei parenti o affini che si trovano nel luogo è bastante,
 di chiamare, se il crede utile al minore, i parenti più
 prossimi o eguali in grado (56), che si trovassero fuori
 la cennata distanza, togliendone però un numero egua-
 le dei primi, in modo che non si ecceda il numero pre-
 cedentemente stabilito.

Vi sono delle persone che la legge dichiara incapaci
 di esser membri di un consiglio di famiglia, e che per-
 ciò non debbono in esso chiamarsi; tali sono: i minori,
 eccettuato il padre o la madre;

Gl' interdetti;

Le donne, tranne le ascendenti;

Coloro che essi medesimi od i loro genitori (57) han-
 no col minore una lite nella quale siano compromessi
 il suo stato, le sue sostanze, o una parte notabile de'
 suoi beni;

Finalmente coloro che sono stati esclusi o destituiti
 da una tutela (58).

vocazione, che sol quando abitano nel comune in cui si tiene il con-
 siglio di famiglia. *Nello stesso comune*, si è detto nell' art. 409 † 330,
 e ciò è naturale. L' obbligatione de' parenti è ben più stretta di quella
 degli amici.

(55) Ma soltanto di sesso maschile.

(56) Egli non potrebbe chiamarne di un grado più lontano.

(57) Tanto più se siano le loro mogli, od i loro figli che abbiano
 col minore una causa di questa specie. Io penso che debba esser lo stesso
 se vi esista fra il minore e la persona che dee far parte del consiglio
 una lite che interessa lo stato o la fortuna di quest' ultima.

(58) Si applicherebbe forse questa disposizione alla madre rimari-
 tata e non mantenuta nella tutela? Fu deciso negativamente in Brussel-
 les, 30 maggio 1810 (SIREY, 1810, par. 2. p. 397). Io non sono del
 medesimo avviso. Non già che riguardi la rimozione pronunciata dal-
 l' art. 445 † 368 come equivalente intieramente ad una destituzione,
 poichè io penso che la madre, e per conseguenza il secondo marito,
 possono essere chiamati di nuovo e immediatamente alla stessa tutela;
 ma o essa vi è stata effettivamente chiamata, o si è nominato un altro

(a) *Amicos appellare debemus, disse al proposito la legge 223
 §. II. de v. s., non levi notitia conjunctos, sed quibus fuerint jura
 cum patrefamilias hospitibus quaesita rationibus.*

Il termine a comparire viene stabilito dal giudice di pace per un giorno determinato; il quale termine, quando tutte le parti risegnano nello stesso comune o alla distanza di due miriametri, non può essere minore di tre giorni (59); quando poi alcuno degl'individui citati sia domiciliato al di là di tale distanza, il termine
411 è accresciuto di un giorno di più per ogni tre miria-
332 metri.

I convocati, a meno che non abbiano legittima scusa, son tenuti a presentarsi personalmente, oppure a farsi rappresentare da un procuratore speciale, il quale
412 non può rappresentare più di un membro della stessa as-
333 semblea (60).

La pena di chi manca di comparire, senza che n'abbia legittima scusa, è una multa che non potrà eccedere
413 cinquanta franchi; ed è pronunziata senz'appello dal
334 giudice di pace.

Se vi è scusa sufficiente, il giudice di pace esamina
414 se conviene aspettare il membro assente o rimpiazzarlo;
335 nel quale caso ei può rimettere ad altro giorno o proro-

tutore. Non è certamente il primo caso di cui possa esser quistione, poichè noi ragioniamo nell'ipotesi che la madre non sia stata mantenuta nella tutela: nel secondo caso, la madre non può neppure esser chiamata al consiglio di famiglia, poichè a' termini dell' art. 408 + 329 le ascendenti hanno questo dritto sol finchè sono vedove: e suo marito non dovrà esser nemmeno chiamato, poichè la nomina di un altro tutore prova ch'egli non gode in modo alcuno la confidenza della famiglia, e che ciò unito alla rimozione pronunziata contro della madre può ben equivalere ad una destituzione.

(59) Questo termine è assegnato, sì per dare alle persone convocate il tempo di comparire, sì perchè esse possano riflettere sull'oggetto della convocazione, e recare un più maturo avviso nella deliberazione.

(60) Altrimenti potrebbe avvenire, ed avverrebbe anche spesso, che la medesima persona riunirebbe i poteri di tutt' i membri; ciò che renderebbe illusoria la disposizione della legge. D'altronde più grande è il numero de' deliberanti, più la deliberazione sarà maturata e discussa. Io penso ancora in virtù di ciò, che colui il quale si fa rappresentare, non potrebbe prescrivere al suo mandatario di opinare a questo o a quell' altro modo, di nominar tale o tal altro individuo. Poichè ne seguirebbe che la deliberazione non potrebbe più esser chiarita per via della discussione, mentre qualunque si fossero i lumi che se ne ottenessero, il mandatario non potrebbe sempre votare, che nel modo che gli fosse stato prescritto.

gare (61) l'assemblea; come altresì il consiglio può deliberare immediatamente, se i tre quarti (62) dei membri convocati (63) sono presenti. Il giudice di pace ha d'altronde egualmente il diritto di aggiornare o prolungar l'assemblea, in tutti i casi, in cui crede che l'interesse del minore lo esiga.

§. II.

Della forma delle deliberazioni del consiglio di famiglia e della loro omologazione.

Il consiglio di famiglia si tiene presso il giudice di pace, a meno che non abbia indicato egli stesso un altro luogo.

La presenza dei tre quarti de' membri convocati basta, come dicemmo, perchè il consiglio possa deliberare.

Le deliberazioni son prese a maggioranza assoluta (64) di voti. In caso che le voci facciano parità, quella del giudice di pace è preponderante (65).

(61) *Rimettere*, quando la riunione si trasporta senza indicare il giorno; se per esempio il membro assente è indisposto, e che si voglia aspettarlo: *prorogare*, quando il rinvio è fatto ad un giorno stabilito.

(62) Si è detto i tre quarti nella previdenza del caso in cui il consiglio fosse composto da più di sei parenti; per esempio essendovi otto tra ascendenti de' due sessi, fratelli germani, o mariti di sorelle germane.

(63) Or siccome non è convocato il giudice di pace, egli non debb' essere computato per formare i tre quarti.

(64) Non relativa; diversamente potrebbe avvenire che la deliberazione venisse formata da due sole persone; d'altronde l'articolo dice che il voto del giudice di pace è preponderante in caso di parità. Or la parità s'intende sempre qualora non si formano che due opinioni, ciascuna delle quali abbia egual numero di suffragj (Argom. tratto dalla combinazione degli art. 117 e 118 § 211 e 212 del Cod. di procedura). Fu deciso in questo senso a Metz il 16 febbrajo 1812 (Sirey, 1812, par. 2. p. 389). Io penso da ciò che non vi ha luogo a preponderanza, se non quando il consiglio è in numero pari.

(65) *Quid* se vi siano sette membri, tre de' quali compreso il giudice di pace, abbiano un avviso, tre un altro, ed un solo manifesti un'opinione intermedia? Io non trovo che vi sia luogo alla preponderanza. Altrimenti sarebbe lo stesso che dare un doppio suffragio al giudice di pace; poichè la preponderanza avrebbe qui per effetto di numerare quattro suffragj per l'opinione alla quale egli ha inclinato: ma siccome vi sono quattro altri suffragj che non sono al suo consentanei,

Tutte le volte che la deliberazione non è unanime, il parere di ciascuno dei membri debb' essere consegnato nel processo verbale; ed in questo caso (66) la delibe-

farebbe d'uopo aggiungere una seconda preponderanza per far traboccare la bilancia. In questo caso come si formerà la deliberazione? L'unico suffragio che rimane dovrà determinarsi in favore di una delle due altre opinioni. (Cod. di proc. art. 117 § 211.) (a).

(66) Sembrerebbe risultare da ciò che la deliberazione, essendo stata unanime, non possa essere impugnata. Ma è chiaro che bisogna intendere questa disposizione nel senso che la deliberazione presa all'unanimità non può esser impugnata se non da coloro i quali vi han presa parte; com'è evidente: ma in tutt'i casi può esserla da quelli che vi hanno interesse, e che non vi sieno intervenuti: per esempio, dal minore, dalle persone le quali pretendessero che dovevano esser chiamate in preferenza di altre, ec.; salvo tuttavia l'esecuzione degli atti passati coi terzi di buona fede.

V. due decisioni, una di Colmar del 27 aprile 1813 (SIREY, 1814, 2. par. p. 48) e l'altra di Lione del 15 febbraio 1812 (ib. 1813, 2. par. p. 289) le quali giudicarono che le deliberazioni del consiglio di famiglia potevano esser impugnate anche da coloro che vi avevano posteriormente acconsentito.

Nota. Si è preteso conchiudere da una decisione di Parigi del 6 ottobre 1814, e che vien riportata in SIREY, 1815, 2. par. p. 215, che la deliberazione, anche non unanime, non può esser impugnata, ove abbia per oggetto la nomina di un tutore. Io non credo che tale conseguenza debba trarsi da questa decisione. Il legislatore coll'art. 883 § 960 del Cod. di proced. non ha inteso decidere che una deliberazione presa a maggioranza potrebb' essere attaccata sul solo fondamento che non sia unanime. Egli ha semplicemente voluto concedere in questo caso ai membri della minorità il dritto d'impugnare la deliberazione, ma nel caso solo in cui può esser impugnata per legge; d'onde risulta che nel caso della decisione di Parigi, la deliberazione essendo stata regolare benchè non unanime, e i dissidenti non avendo proposto alcun fondato rimprovero contro del tutore, non vi era luogo ad ammettere la di loro domanda tendente a far convocare un nuovo consiglio.

Io non mi fermerò certamente a rilevare qui le conseguenze risultanti da un arresto della corte di Agen del 10 dicembre 1806 (Giorn.

(a) „ La maggioranza assoluta de' suffragj, dice TOULLIER, n. 1121, non è necessaria per formar la deliberazione; basta la maggioranza relativa, poichè a questa sola può riferirsi la preponderanza del giudice di pace. Se dunque tre de' sei membri convocati dessero i loro voti ad un candidato, due altri ad un secondo candidato, ed il sesto ad un terzo, sarà nominato il secondo se il giudice darà a costui il suo suffragio „ In cos' aperta contraddizion di pareri tra questi due sommi giuriconsulti, noi attenderemo la risoluzione che su tal quistione darà la giurisprudenza della casazione di Francia, o della nostra Corte suprema.

razione può essere impugnata sia dal tutore, dal tutor surrogato o dal curatore se non sono stati dell'avviso della deliberazione, sia puranche dai membri dissidenti: Pr. essi formano la loro domanda contro a coloro che com- 883 pongono la maggioranza (67), senza che sia necessaria la 960

della giurispr. del Cod. civ. tom. VIII pag. 5) da noi mentovata più sopra, e che fu pronunziata nella causa di Themines: esso sembra aver deciso, che qualunque sia la forma impiegata per la convocazione di un consiglio di famiglia, qualunque le persone convocate, non vi sia luogo ad annullare le operazioni di questo consiglio, atteso che in niuna parte la legge ha pronunziata tale nullità; come se ciò fosse necessario; come se la legge dicendo: vi sarà consiglio di famiglia tutte le volte che tali o tali altre persone saranno riunite, allorché tale forma sarà stata osservata, non avesse appunto con ciò detto che nel caso contrario il consiglio non esisterebbe; come in fine se la legge avesse bisogno di dire che una decisione pronunziata da persone le quali non hanno la qualità di decidere, non è una decisione ecc.

Risulterebbe in fatti dalla citata decisione, che il consiglio di famiglia potrebbe non esser composto che di una o due persone;

Che potrebbe non esser convocato nè preseduto dal giudice di pace;

Che potrebbe esser composto da persone interamente estranee al minore, anche qualora vi fossero i parenti più prossimi, ecc.; poichè in tutto ciò la legge non ha pronunziata nullità. Un simil sistema porta seco la sua confutazione.

Una decisione della corte di Angers del 29 marzo 1821 (SIREY, 1821, par. 2. p. 261), giudicò che non solo può domandarsi la nullità d'un consiglio di famiglia al quale non siano stati chiamati i parenti designati dalla legge; ma benanche esser questa nullità di ordine pubblico, e che non sia affatto coverta dall'acquiescenza delle parti (a).

(67) Mi sembra che sarebbe stato utile il decidere, che nel caso di disparità, la maggioranza la quale ha formata la deliberazione sarebbe tenuta a nominare uno de' suoi membri per difenderla, se venisse impugnata. Ciò avrebbe evitato l'imbarazzo e'l dispendio di una domanda da formarsi contro quattro o cinque persone ad un tempo.

Notate che il giudice di pace, benchè membro essenziale del consiglio di famiglia, non può però esser citato nella causa promossa sulla validità della deliberazione del consiglio; se non nel caso e secondo le forme della presa a parte. Così fu deciso, e con ragione, in cassazione il 29 luglio 1812 (SIREY, 1813, 1. par. 1. 32.).

I membri de' consiglio di famiglia sono essi risponsabili delle di

(a) Anche qui si oppone il *TOULLIER* l. c. num. 1119. Bisogna osservare, dice egli, che il Codice non ha pronunziata la pena di nullità assoluta per essersi contravvenuto alle sue disposizioni sulla composizione e convocazione del consiglio di famiglia, affin di lasciare ai tribunali la facoltà di decidere se le circostanze imprimono a queste contravvenzioni un carattere abbastanza grave per pronunziare la nullità degli atti in cui sieno state commesse; e dee sempre servir di guida alle loro decisioni il maggior bene de' minori.

884 chiamata in conciliazione. La causa è giudicata somma- 961
 889 riamente e salvo appello. 966

In tutt' i casi in cui la deliberazione debb' essere omologata, procede a tal effetto il tutore o qualunque altro cui il consiglio di famiglia ne abbia specialmente affidato l'incarico (68), nel termine stabilito dalla deliberazione, o in mancanza di esso, fra quindici 964
 964 giorni.

Per ottenere l'omologazione si presenta al presidente del tribunale una copia della deliberazione, appresso la quale va scritta l'istanza corrispondente. (*Tariffa delle spese*, art. 78).

Pr. Il presidente a piedi della detta istanza commette ad 885
 885 un giudice di farne relazione in un giorno determinato, 962
 962 ed ordina la comunicazione al pubblico ministero.

Il procuratore del re scrive le sue conclusioni in 886
 886 calce dell'ordinanza del presidente, e la minuta della 963
 963 sentenza è messa appresso alle conclusioni (69).

Se i termini sopra indicati sono trascorsi, senza che l'omologazione sia stata domandata, essa può chiedersi da qualunque membro dell'assemblea contro colui che 887
 887 avrebbe dovuto chiederla nel principio, ed a sue spese, 964
 964 senza che possa ridomandarle (70).

Se la deliberazione non è stata unanime, è in libertà dei membri che compongono il minor numero di opporsi alla omologazione, dichiarandolo con atto stragiudiziale (71) a quegli che è incaricato di agire per es-

loro operazioni? Generalmente no. Se però vi fosse prevaricazione manifesta, o anche negligenza imperdonabile o notoria, io penso ch'essi potrebbero esser condannati ai danni ed interessi in favor del minore (art. 1382 † 1336 e 1383 † 1337).

(68) Egli è possibile che la deliberazione sia stata presa contra l'avviso del tutore: non converrebbe allora ch'egli venisse incaricato di agire per l'omologazione.

(69) Così, la spedizione della deliberazione, la domanda per l'omologazione, l'ordinanza del presidente, le conclusioni del procuratore del re e la minuta della sentenza, non debbono formare che un solo e medesimo atto, affine di evitare le spese.

(70) Cioè ch'egli non potrà ripeterle contra il minore, a carico del quale vanno ordinariamente le spese di omologazione, essendo questa tutta nel suo interesse.

(71) Cioè con un atto di uscire notificato personalmente o a domicilio, atto il quale non dee affatto contenere citazione.

sa : debbono allora essere chiamati in giudizio , in mancanza di che , possono formarvi opposizione (72). 888
965

Del rimanente tutte le sentenze emesse sopra deliberazione del consiglio di famiglia possono essere impugnate per via di appello (73). 889
966

(72) In qual termine? Non se ne assegna alcuno. I termini fissati dal Codice di procedura non trascorrono che contro a coloro i quali sono stati chiamati; e qui gli opposenti nol furono. Il termine sarà dunque indefinito. È questa una specie di opposizione di terzo, con la differenza che nel caso in cui gli opposenti soccombessero, non vi sarebbe luogo all'ammenda prescritta dall'art. 479 § 543 del Cod. di procedura.

(73) Con le seguenti distinzioni: se la sentenza si è pronunciata sopra opposizione e contraddittoriamente, quelli i quali vi furono parti non possono attaccarla che per via di appello; se sia stata pronunciata sopra opposizione, ma in contumacia, essi possono formarvi opposizione nei termini prescritti dagli art. 157 § 251, 158 § 252 e 159 § 253 del Codice di procedura: se sia stata pronunciata su domanda e senza opposizione, i membri dissidenti possono, come l'abbiamo veduto nella nota precedente, formarvi indefinitamente opposizione, qualora si sieno opposti alla omologazione e che non sieno stati citati. In quanto alle altre persone alle quali l'omologazione potrebbe recar pregiudizio, bisogna solo distinguere se la deliberazione che loro pregiudica sia stata o no eseguita. Se essa non è stata eseguita, quelle potranno arrestarne l'esecuzione col mezzo dell'opposizione di terzo. Nel caso contrario, esse agiranno con azione principale. (Da osservarsi la nota 3a della pag. 327 e seg. del tomo 2.

Il pubblico ministero può mai appellare da una sentenza la quale abbia omologato una deliberazione? No, e quand'anche avesse concluso in prima istanza per la non omologazione. Così fu giudicato in cassazione li 26 agosto 1807. (*Giorn. della giurispr. del Cod. civ.* tom. X. pag. 409.) Ed in fatti non si accorda l'appello che a colui il quale avrebbe dritto di agire, e non è certamente questo uno de' casi in cui la legge accorda l'azione al pubblico ministero; egli non ha che il dritto di emetter le conclusioni. (Vedete l'art. 2 del tit. 8 della legge del 24 agosto 1790.) Fu in virtù di questi principj che la Corte di cassazione co' suoi arresti degli 8 marzo 1814, ed 11 agosto 1818 riportati da SIREY, 1814, I, par. p. 278, e 1820, I, par. p. 17. cassò due decisioni di Parigi, le quali avevan pronunziato che il pubblico ministero poteva agire nell'interesse de' minori. Egli è possibile che tali decisioni fosser effettivamente contrarie alla legge del 1790, e che perciò dovessero cassarsi. Ma in tal caso mi sembra che la disposizione della legge meriti di esser esaminata. In ogni tempo sono stati riguardati i minori come persone privilegiate, messe sotto la protezione dell'intera società; ed intanto risulta dal sistema che io combatto, che un minore potrebbe esser interamente rovinato, e vessato anche nella propria persona sotto gli occhi ed a conoscenza di tutti, e senza che il pubblico ministero potesse nemmeno opporvisi; poichè in virtù del testo del precitato art. della legge del 1790 fa d'uopo

§. III.

Delle funzioni del consiglio di famiglia.

Le funzioni del consiglio di famiglia possono essere considerate sotto due aspetti diversi: le persone e le cose della tutela.

Sotto il primo van comprese le funzioni le quali direttamente riguardano la persona del tutore o del pupillo. Ne abbiamo già enunciate alcune; qui le riuniremo sommariamente (74).

Ecco in che consistono le medesime:

- 405 Nominare un tutore allorchè non ve ne sia alcuno
326 legittimo nè testamentario;
- 343 Destinare un curatore al ventre, ove alla morte del
315 marito la moglie rimanga incinta;
- 395 Decidere se la madre che passa a seconde nozze deb-
317 ba conservar la tutela;
- 400 Confermare, se vi ha luogo, il tutore destinato dal-
322 la madre rimaritata e mantenuta nella tutela;
- 404 Determinare nel caso di concorrenza la scelta fra
325 due ascendenti nella linea materna;
- 420 Scegliere il tutor surrogato, la quale scelta ha luogo
342 in qualunque tutela;
- 438 Sentenziare sulle spese proposte dai tutori e tutori 447
360 surrogati, non che sulla loro esclusione o destituzione; 370
- 468 Approvare l'impiego dei mezzi di correzione che la
391 cattiva condotta del minore può rendere necessaria;

che vi sia causa, affinchè il procuratore del re possa intervenirevi. E d'altra parte egli è possibilissimo che il minore non abbia alcun parente sul luogo, o che coloro i quali sono presenti, non avendo alcuna responsabilità, si brighino poco d'intraprendere una lite contro del tutore prevaricatore o negligente. È questo dunque un punto che bisogna raccomandare all'attenzione de' nostri legislatori, e che tanto meno debbe andar soggetto a difficoltà, in quanto che il Codice civile ha già col suo art. 114 † 120 data l'azione al pubblico ministero nell'interesse degli assenti, i quali non sono certamente più favoriti dei minori.

(74) Noi non rammentiamo qui che le funzioni del consiglio di famiglia direttamente relative al Titolo della tutela. Ve ne sono poi molte altre le quali o sono state, o saranno mentovate a lor luogo.

- 401 Autorizzare l'emancipazione del minore rimasto sen- 478
za padre nè madre, e nominargli un curatore, se v'è 480
d'uopo; 403
Stabilire sulla revocazione di questa emancipazione 485
nel caso in cui può essa aver luogo; 408
Finalmente consentire al matrimonio del minore ri- 160
174 masto senza padre nè madre nè altri ascendenti; e quin- 1398
1352 di approvare in questo caso le sue convenzioni nuziali.
Quanto alle cose, vale a dire all'amministrazione
dei beni del minore, ed alla sorveglianza che il consi-
glio di famiglia debbe a tal riguardo esercitare, le sue
funzioni si troveranno determinate qui appresso alla se-
zione VII, nel tempo istesso che parleremo degli atti i
quali senza la sua autorizzazione non possono farsi dal
tutore.

§. IV.

Della nomina del tutore.

Quando non v'abbia tutore legittimo nè testamen-
tario, ne vien nominato uno (75) dal consiglio di fami- 405
glia composto e deliberante nel modo in cui si è detto 326
di sopra. La tutela chiamasi allora *dativa*.

Se il tutore non è presente nell'epoca della sua de-
stinazione, è curà di un membro dell'assemblea da que-
sta deputato il notificargliela, nei tre giorni dopo la de- Pr.
liberazione, più un giorno per ogni tre miriametri di 882
distanza fra il luogo in cui l'assemblea si è tenuta ed 959
il domicilio del tutore.

In generale non può essere nominato che un sol
tutore, qualunque sieno l'estensione e le distanze ri-
spettive dei beni del pupillo. Il consiglio di famiglia può
solamente, se v'è luogo, autorizzare il tutore a farsi a- 454
jutare da uno o più amministratori salariati, della ge- 377
stione dei quali egli è responsabile (76). Se però il mi-
nore domiciliato in Francia possiede beni nelle colonie,

(75) Sia fra i membri del consiglio, sia fuori del consiglio. Da
osservarsi intanto qui appresso la nota 107 pag. 41.

(76) E che in conseguenza dee poter nominare e revocare a suo
piacere.

o viceversa, l'amministrazione speciale dei beni (77) situati fuori del luogo del suo domicilio è affidata ad un protutore (78), la di cui gestione è del tutto indipendente da quella del tutore, e senza alcuna responsabilità rispettiva (79).

(77) Solamente. Così il protutore non ha giammai diritto sulla persona.

(78) Essendosi dato il tutore principalmente alla persona, è giusto che tale qualità appartenga a colui che ha comune il domicilio col minore: ed ecco perchè l'altro vien chiamato protutore.

(79) Esistevano su quest' oggetto due dichiarazioni del re, una del 15 dicembre 1721, e l'altra del 1. febbraio 1743, le di cui disposizioni potranno servire a risolvere alcune questioni che l'esecuzione dell' art. 417 † 338 può far nascere.

1.º Da chi debbono essere nominati i tutori e protutori?

In forza delle anzidette dichiarazioni ciascun di essi doveva essere nominato nel paese in cui doveva esercitar le sue funzioni. Era stato deciso dal Consiglio di stato, nella discussione, che sarebbero ambidue nominati nel luogo del domicilio del minore; ma che se uno di essi venisse a mancare, si provvederebbe sul luogo alla sua surrogazione. Questa decisione non si ritrova nel Codice. Egli è probabile che siasi voluto tutto abbandonare all'arbitrio del consiglio di famiglia del domicilio, il quale potrà nominare il protutore; o decidere che la nomina si effettuerà nel luogo dove sono i beni (a).

2. *Quid* se vi esistono padre, madre o altri ascendenti? Sembra egualmente risultare dalla discussione, che l' art. 417 non sia applicabile al caso in cui la tutela è legittima, e quel che maggiormente conferma quest' opinione si è, che detto articolo è situato sotto la rubrica della tutela conferita dal consiglio di famiglia. Or questa tutela non ha luogo che in mancanza della tutela legittima. Anticamente ogni tutela era dativa, e le indicate dichiarazioni portavano che se il padre o la madre sopravvivesse, si poteva nominandoli tutori, dispensarsi dal nominare un protutore. Si può effettivamente confidare nell'affezione paterna per la cura di prendere le provvidenze necessarie in simili casi. Io dunque opino che nel dritto attuale la decisione stessa potrebb' esser applicata al caso della legittima tutela.

3. Non ostante l'indipendenza delle gestioni rispettive, io penso, come trovavasi anche stabilito colla dichiarazione del 1743 art. 6, che il tutore può in caso di bisogno, e con l'autorizzazione del consiglio di famiglia, esigere che il protutore gli invii i necessarij ricapiti per provvedere come conviensi al mantenimento ed alla educazione del

(a) Da questo silenzio tenuto nel Codice risulta bene, come dice il nostro autore, che il protutore dee regolarmente esser nominato nel luogo dove si riunisce il consiglio di famiglia per la scelta di un tutore. Ma se il protutore nominato si scusa, o, ciò ch'è lo stesso, se il consiglio di famiglia non ne ha nominato alcuno, debb' esserne nominato uno nel luogo dove sono situati i beni. V. TOULIER, num. 1123.

SEZIONE IV.

Del tutore surrogato e delle sue funzioni.

Abbiam detto che in qualunque tutela (80) si dava 420
luogo alla nomina (81) di un tutore surrogato. 342

Allorchè la tutela è dativa, questa nomina ha luogo immediatamente dopo quella del tutore. Allorchè la tutela è legittima o testamentaria, il tutore prima di 422
entrare in funzione (82) è tenuto sotto pena de' danni ed 344
interessi, ed anche di destituzione (83) in caso di dolo,

pupillo: e che reciprocamente il protutore può, richiedendolo il caso, esigere dal tutore la somministrazione dei mezzi necessari pel mantenimento e la riparazione degl' immobili dipendenti dalla sua amministrazione. In questi due casi la quietanza di uno vale in discarico per l' altro.

4. In fine egli è ben certo che gl' immobili andranno sottoposti all' amministrazione del tutore o del protutore, secondo ch' essi saranno situati in Francia, o nelle colonie. E lo stesso sarà riguardo ai mobili corporali. Ma *quid* riguardo ai mobili incorporali, come crediti, dritti, rendite ed azioni, che sieguono ordinariamente il domicilio di colui al quale appartengono? Io penso a norma dell' art. 1. della suddetta dichiarazione, che ciascuno dei due, del tutore cioè e del protutore, sia incaricato dell' amministrazione de' crediti, rendite ecc. da percepirsi sulle persone domiciliate, o sopra i beni situati nella estensione de' luoghi rispettivamente sottoposti alla loro amministrazione.

(80) Dunque se vi ha tutore e protutore, dee nominarsi un surrogato tutore, ed un surrogato protutore. *Quid* nella tutela officiosa? L' articolo non fa alcuna distinzione. La tutela officiosa è sempre una tutela. La sola differenza al contrario si è che le obbligazioni del tutore officioso sono più estese di quelle del tutore ordinario. Io penso intanto che si potrebbe dispensarlo dall' obbligazione di far nominare un surrogato se il pupillo non avesse beni personali, rimanendo a lui l' incarico di farne nominare uno, se glie ne sopravvenissero in seguito.

(81) Dunque ogni tutela surrogata è dativa.

(82) Fa d' uopo inferire da ciò che un debitore del minore potrebbe rieuarsì di pagare al tutore, sotto pretesto che non siasi nominato alcun tutor surrogato? Giudicato negativamente, e con ragione, a Riom, il 1. marzo 1817 (Sirey, 1818, 2. par. p. 79.) In fatti questa mancanza di nomina di un tutore surrogato è un fatto che riguarda soltanto il tutore ed il pupillo, ed al quale i terzi non hanno interesse alcuno.

(83) La quale sarà pronunciata da un consiglio di famiglia convocato nella forma prescritta dall' art. 446 † 369. Riguardo ai danni ed interessi, la condanna non potrà esser pronunciata che dai tribunali.

421 a far convocare un consiglio di famiglia per procedere
343 alla nomina del tutore surrogato, il quale dee sempre
esser preso nella linea cui il tutore non appartiene (84), sal-
423 vo il caso che il tutore appartenesse alle due linee; per
345 esempio, se fosse un fratello germano.

ivi Il tutore non può in verun caso concorrere alla no-
426 mina del tutore surrogato (85), nè alla di lui destitu-
348 zione che non può nemmeno provocare (86).

Le funzioni del tutore surrogato sono in generale:

451 Primieramente, di essere legittimo e necessario con-
374 traddittore in tutti gli atti che tendono a comprovare la
1442 quantità, la natura, ed il valore dei beni del minore; 1406
per esempio nell'inventario di una eredità a questi sca-
452 duta, inventario al quale è tenuto di far procedere sot- 375
to pena di tutti i danni ed interessi; o nella vendita de'
459 suoi mobili, ovvero de' suoi immobili, ec.; 382

Secondariamente, di agire per gl'interessi del mi-
420 nore allorchè questi si trovassero in opposizione con quel-
342 li del tutore (87);

In terzo luogo, di farsi rimettere nelle epoche de-
470 terminate dal consiglio di famiglia gli stati dei conti del-
393 la amministrazione del tutore, se però questa consegna-

(84) Questo è per evitare la connivenza. *Quid* se la tutela di-
venga vacante, e che il nuovo tutore si ritrovi essere della stessa li-
nea del tutore surrogato? Fa d'uopo nominare un nuovo surrogato tu-
tore nell'altra linea.

Quid se non vi siano de' parenti che in una sola linea? Io credo
che si possa scegliere il surrogato tutore sia fra gli amici, sia fra i
parenti della linea del tutore. (Argomento tratto da ciò ch'è stabi-
lito dall'art. 423 § 345 pel caso de' fratelli germani).

(85) Per conseguenza se la tutela sia dativa, e se il tutore fa-
cesse parte del consiglio di famiglia che l'ha nominato, egli dee riti-
rarsi dal consesso, allorchè si procederà alla nomina del surrogato
tutore.

(86) E ciò per due ragioni: la 1. perchè il surrogato tutore essendo
il sorvegliante del tutore, non si vuole facilitare a costui il mezzo di
abrigarsi d'un surrogato tutore di cui temesse la vigilanza; e la 2. perchè
questi non avendo in generale altre funzioni da adempiere che siffatta
vigilanza, il tutore è inammissibile a rimproverarlo di negligenza a
questo riguardo.

(87) Per esempio, se si trovano entrambi interessati nella stessa
successione. Per questa ragione stessa il surrogato tutore è tenuto a
prendere iscrizione sugli immobili del tutore soggetti all'ipoteca legale
(art. 2137 § 2024), è tenuto di rispondere alla domanda, o alla
restrizione d'ipoteca formata dal tutore (art. 2143 § 2032), ec.

zione ha dovuto essere ed è stata (88) effettivamente ordinata;

In quarto luogo, di provocare, se v'è d'uopo, la 448
destituzione del tutore (89); 369

In quinto luogo, in caso che la tutela divenga vacante o sia abbandonata per assenza, di provocare la 424
nomina di un nuovo tutore (90), e ciò sotto pena dei 346
danni ed interessi;

(88) Noi diciamo *ha dovuto essere*, perchè se il padre e la madre fossero tutori, essi non potrebbero essere sottoposti alla presentazione di questi stati, salvo forse il caso dell'articolo 396 § 318 in cui la tutela appartiene sol di nome alla madre e di fatto al marito. E noi diciamo *è stata*, perchè anche nelle altre tutele l'esibizione di tali stati non può esser pretesa che quando il consiglio di famiglia l'abbia espressamente ordinato.

(89) Il surrogato tutore può egli votare nel consiglio di famiglia convocato a quest'oggetto? Fu deciso affermativamente nella Corte di Rennes il 14 febbrajo 1810 (*Sirey*, 1812, 2.^a par. p. 424); e nella Corte di Roano il 17 novembre dello stesso anno (*Giorn. di giuris. del Cód. civ.* tom. xvi pag. 154), e con ragione. Né osta l'art. 495 § 418 portante che coloro i quali hanno provocato l'interdizione non possono far parte del consiglio di famiglia chiamato a deliberare sullo stato dell'interdetto. Primieramente l'interdizione ha degli effetti molto più importanti che non la destituzione di un tutore. In secondo luogo si possono ben supporre de' motivi d'interesse in coloro i quali provocano l'interdizione; ma non è possibile presumere simili motivi in colui il quale provoca la destituzione. Finalmente il surrogato tutore adempie qui un ministero forzato, poichè egli potrebbe esser biasimato ed anche condannato ai danni ed interessi, ove conoscendo la malversazione o la cattiva gestione del tutore non l'avesse denunciato.

(90) Il surrogato tutore non rimpiazza di pieno dritto il tutore. Egli può avere le qualità di un buon sorvegliante, e non aver quelle di un buon amministratore.

Innanzi a qual giudice di pace debb'esser convocato il consiglio di famiglia che dee procedere alla sostituzione? Innanzi al giudice stesso il quale ha preseduto il consiglio per la prima nomina; ed io penso che ne debb'esser altrettanto di tutt'i consigli di famiglia convocati durante la minor età. In vero l'art. 406 § 327 dice che debb'esser il giudice di pace del domicilio del minore; ed a' termini dell'art. 108 § 113 il domicilio del minore non emancipato è presso il suo tutore: d'onde potrebbe conchiudersi che in generale il consiglio debb'essere convocato innanzi al giudice di pace del domicilio attuale del tutore. Ma si comprende e che vi sarebbero molti inconvenienti ad ammettere questo sistema, secondo il quale dipenderebbe dal tutore l'allontanare dal consiglio di famiglia tutt'i parenti del suo pupillo. Gli basterebbe per ciò trasportare il suo domicilio ad una distanza un pò considerevole dal loro; e quindi far comporre il consiglio di famiglia di pretesi amici, secondo l'art. 409 § 330. Venne deciso in questo senso in casa-

Finalmente in sesto luogo, qualunque sentenza prof-
Pr. ferita contro il minore debb' essere notificata al tutore
444 surrogato, quand' anche non fosse egli stato in giudizio;
508 ed il termine dell'appello non corre che dal giorno della
notifica fatta non meno a lui che al tutore (91).

425 Le funzioni del tutore surrogato cessano nell' epoca
347 istessa in cui cessa la tutela (92); e si debbe egualmente

zione il 29 novembre 1809 (SIREY, 1810, 1. par. p. 624) e 23 marzo
1819 (ivi 1820, 1. par. p. 325). Si è pensato con ragione che l'art.
406 § 327 doveva esser compreso nel senso del domicilio che il minore
aveva al momento in cui cominciò la tutela.

(91) E intanto il termine del ricorso per ritrattazione non decorre
che dalla notificazione della sentenza fatta dopo la maggior età (*Cod. di
proced.* art. 484 § 548). Il motivo di quest'ultima disposizione è stato
probabilmente che tal ricorso si accorda ai minori i quali pretendono
non essere stati validamente difesi. Or essi potrebbero pretendere di
non essere stati validamente difesi al momento della decisione su la di-
manda di ritrattazione; bisognerebbe dunque loro accordarla contro la
decisione stessa, la quale avesse rigettato il primo ricorso per ritratta-
zione; e ciò contro la formale disposizione dell'art. 503 § 569 dello
stesso Codice. D' altronde, la revocazione di una sentenza essendo più
difficile ad ottenersi per ricorso civile che per appello, la disposizione
dell' art. 484 § 548 del Codice di procedura non è suscettibile di trarre
seco nè spessi nè grandi inconvenienti. Nulla dimeno vi ha sempre questo
singolar risultamento, che se il tutore ha appellato da una sentenza di
prima istanza pronunciata contro del suo minore, la sentenza conferma-
tiva pronunciata in appello, potrà essere impugnata dal minore divenuto
maggiore per mezzo del ricorso per ritrattazione; mentre che se non si è
appellato, la sentenza in prima istanza notificata al surrogato tutore è
inattaccabile. Poichè il detto ricorso non si produce che contro le sen-
tenze inappellabili (*Cod. di proced.* art. 480 § 544); e da un' altra parte
non vi ha più luogo all' appello, poichè noi supponiamo che il termi-
ne sia decorso durante la minore età. Non rimarrà dunque al minore
altra via che quella del regresso per danni ed interessi contro del suo
tutore, se il minore prova che la mancanza di appello sia stata l'effetto
della negligenza, o non curanza del tutore, e che ne sia risultato per lui
un pregiudizio.

(92) Allorchè questa cessa per parte del minore: ecco perchè non
si dice che le funzioni del surrogato tutore finiscono nello stesso tempo
di quelle del tutore, poichè queste possono terminare sezza che ces-
sino quelle del surrogato tutore; il che avviene ogni qualvolta la tutela
termina dalla parte del tutore per sua morte, destituzione, ecc. Un nuovo
tutore vien nominato, e l' surrogato tutore continua le sue funzioni.

applicare a lui ciò che diremo delle scuse, dell' incapacità, esclusione e rimozione della tutela. 426
348

S E Z I O N E V.

Delle cause che dispensano dalla tutela.

È pubblico interesse che i minori non rimangano senza difesa; ma d' altra parte le funzioni di tutore essendo onerose e gratuite, spesso sarebbe difficile ritrovare uomini dabbene che consentissero volontariamente a prenderne l' incarico; indi l' obbligo di accettare imposto dalla legge a qualunque persona destinata alla tutela e che non può allegare legittima scusa (93).

1370
1324

I motivi di scusa sono in numero estesissimo. Ci faremo a ricapitarli in succinto:

- 316 1. Il sesso: questa non è una scusa che per le a- 394
365 scendenti; per le altre è piuttosto incapacità (94); 442
2. La qualità di principe del sangue, di grande ammiraglio, di maresciallo di Francia, d' ispettore e colonnello generale, e quella di grande ufficiale della corona;

(93) In generale chiamasi *scusa* ogni motivo allegato da una persona per dispensarsi da un incarico o da una funzione, o per giustificarsi di una disobbedienza in faccia alla legge o alla giustizia. Così la ragione da un testimonio allegata per dispensarsi di comparire in forza di una citazione, o per giustificarsi di non esser comparso, dicesi una scusa (*Cod. di proced.* art. 265 e 266 § 360 e 361) (a).

(94) La scusa non viene ammessa che in quanto vien presentata da colui il quale vuol essere scusato. L' incapacità può essere opposta dai terzi.

(a) *Gli ufizj di tutore e di surrogato tutore sono stati sempre considerati come pesi pubblici.* Tutela est munus publicum: Inst. de excus. tut. vel cur. Munus, spiegò la l. 214 ff. de V. S., autem est proprie quo necessario obimus lege, more imperiove ejus qui jubendi habet potestatem. È questo un dovere ancora di beneficenza verso dei proprii simili che han bisogno del nostro aiuto. Ciò non ostante lo stesso interesse pubblico, e la esatta giustizia han dovuto autorizzar delle eccezioni per dispensar da questo peso talune persone, ovvero escluderle. L' uno e l' altro era nella giurisprudenza romana compreso sotto il nome di scuse; ma chiamavansi volontarie quelle che dispensavano, e necessarie quelle che escludevano dalla tutela. Le nostre Leggi hanno con miglior avviso separate queste due cose assolutamente differenti.

3. La qualità di pari;

4. Le funzioni di consigliere di stato, e di membro della Camera dei deputati;

5. Quelle di membro della Corte di cassazione e della Corte de' conti (95);

6. Quelle di prefetto;

427 7. Qualunque funzione pubblica in un dipartimento
349 diverso da quello in cui la tutela si stabilisce. A parere del Consiglio di stato, approvato il 20 novembre 1806, i ministri del culto obbligati a residenza dalle leggi dello Stato, sono compresi in questa disposizione) boll. n. 2047).

8. L'attività di servizio militare;

428 9. Qualunque missione del Governo fuori del terri-
350 torio (96) francese, salvo, nel caso in cui la missione fosse segreta ed impugnata, a non pronunziar la dispensa che dopo spiegazione datane dal ministro del dicastero dal quale dipende la missione addotta per titolo di
429 scusa (97);
357

434 10. Qualunque infermità (98) grave e debitamente
356 giustificata.

430 Tutte queste cause (99) non solamente assolvono
352 dall' accettar la tutela, ma benanche danno la facoltà di

(95) (Legge del 16 settembre 1807, art. 7 *Bullet.* num. 2792).

(96) Continentale. Io credo che una missione alle colonie francesi sarebbe riguardata come una valida scusa, benchè non fosse, propriamente parlando, fuori del territorio del regno. (*Argom.* tratto dell' art. 417 § 338).

(97) Il ministro non è perciò obbligato a spiegarsi sulla natura e la durata della missione. Egli dee solo dichiarare se vi sia o no luogo a dispensa dalla tutela per ragion di questa missione.

(98) E non già *malattia*. L' infermità suppone uno stato abituale: la malattia non è che passeggera; *perpetua valetudine tentus*, dice la legge unica Cod. *qui morbo se excusant* (a).

(99) Salvo la prima, alla quale questa disposizione non può essere applicata.

(a) *I muti ed i sordi, ad eccezion de' sordastri, erano per dritto romano dichiarati incapaci di esercitar la tutela.* (*L. 1. §. 2 e 3 ff. de legit. tut. L. unic. Cod. qui morbo*). Nè il Codice civile nè le nostre nuove Leggi fan menzione di questa specie di malattia, ed il nostro Autore in mezzo a tante quistioni, non fa di essa parola. Noi crediamo che i sordi e muti possono per tal motivo scusarsi. Ma se non si scusano, e non siano perciò dichiarati incapaci dal consiglio di famiglia, non possono esser esclusi dalla tutela.

353 farsene esonerare, se sopravvennero dopo l'accettazione- 431
 356 ne (100), ed a carico di far convocare nel termine di 434
 353 un mese un consiglio di famiglia per procedere al loro 431
 rimpiazzamento.

In questo caso quando le funzioni, servigi o missioni vengono a terminare prima che la tutela finisca, l'antico tutore può ridomandarla; come altresì in caso di silenzio dalla sua parte, il nuovo può reclamare la sua liberazione, salvo al consiglio di famiglia di pronunziare sul tutto. *ivi*

11. L'età di sessantacinque anni compiuti. Se il tutore non avesse avuta tale età (101) allorchè la tutela gli fu conferita, può farsene liberare, ma solamente all'età di settant'anni (102); 439
 355

12. Il peso di due tutele esistenti, ed anche di una 435
 sola qualora chi n'è incaricato è nel tempo stesso marito 357

(100) Poichè, se la persona, quando accettò la tutela, fosse stata già rivestita di una funzione, o missione che gli accordava il dritto di farsi dispensare, essa non potrà più farsene scaricare per questa cagione (art. 430 § 352), e sarà obbligata a farsi rimpiazzare nell'amministrazione da persone che amministrino per suo conto e sotto la sua responsabilità.

L'art. 434 § 356 sembra applicare questa disposizione anche al caso d'infermità esistente nell'epoca dell'accettazione; ma siccome tutto debb'essere trattato in questa materia *ex aequo et bono*, e ch'egli è possibile che la persona avendo da prima creduto che la sua infermità non l'impedirebbe di amministrare la tutela, riconosca in seguito il contrario, io penso che il consiglio di famiglia non avrebbe ragione di rifiutare il discarico; se l'infermità fosse d'altronde grave e debitamente giustificata.

(101) Dunque il tutore il quale avendo sessantacinque anni compiuti al momento della sua nomina, accetta la tutela senza presentare questa scusa, non può farsene scaricare neanche a settant'anni.

(102) Compiti, o cominciati? Presso i Romani bisognavano settant'anni per essere scusato, e di più che fossero terminati. Leg. 2 ff. *de excusat. tut.* Intanto io non credo che siavi luogo ad allontanarsi dalla regola: *annus inceptus pro completo habetur*. La causa è favorevole all'interesse così del tutore che del pupillo, al quale importar dee che la tutela non venga amministrata da un uomo indebolito troppo dall'età. D'altronde ai termini dell'art. 126 § 226 del Cod. di procedura, il tutore può essere arrestato personalmente in alcuni casi; or in virtù dell'art. 2066 § 1936 del Codice civile, l'età di settant'anni cominciati esime dall'arresto personale.

Perchè l'età di settantacinque anni esenta *a suscipienda tutela non vero a suscepta*? È per evitare per quanto è possibile il cambiamento del tutore.

o padre (103);

436 13. L'esistenza (104) nel momento della tutela di
 358 cinque figli legittimi (105). I figli sopravvenuti durante
 437 la tutela non entrano nel computo (a). Vale lo stesso per 359
 436 quelli che sono morti prima, a meno che non abbiano 358
 435 lasciato figli viventi, o che sieno morti in attività di 357
 436 servizio nelle armate francesi (106). 358

Nota. La duodecima e la decima terza causa di scusa non sono ammesse allorchè si tratta della tutela dei figli di colui che le propone.

14. Se il tutore nominato non è parente nè affine del minore; ma questa causa non è ricevuta se non quando si trovino nella distanza di quattro miriametri parenti o affini in grado di esercitar la tutela (107).

(103) Anche di figli maggiori. Il privilegio è inerente alla sola qualità di padre, ed anche di marito senza figli.

(104) Non sarebbe sufficiente che fosse concepito il quinto figlio. La regola *conceptus pro nato habetur* non ha luogo che quando si tratta dell'interesse del fanciullo, e non, come qui, dell'interesse di un'altra persona. (L. 2. §. 6 ff. *de excusat.*) *Qui in utero est*, dice la legge 7. ff. *de statu hominum*, *perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus quaeritur, quanquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit.*

(105) Così i figli naturali, anche riconosciuti, non vengono computati, per la ragione d'essere i frutti del delitto, e che *nemo ex delicto suo debet consequi emolumentum*. I figli adottivi non vengono neppur computati; ma si contano a favore del loro padre naturale.

(106) *E qualunque sia la causa della lor morte*, dice il processo verbale della discussione. Così, quand'essi fossero morti di malattia, essendo in attività di servizio, conterebbero per la scusa. *Quid se defuncti per seguito di duello o di suicidio?* È lo stesso. D'altronde il genere di morte non debb'essere riferito nell'atto di morte (art. 85 § 90).

(107) Ma questa scusa non ha luogo che in favore di colui il quale non è nè parente nè affine. Il parente o l'affine a qualunque grado siasi, non può *stricto jure* scusarsi per esservi parenti o affini più prossimi di lui in istato di amministrar la tutela.

Noi diciamo *stricto jure*, poichè i tribunali dovranno esaminare se i membri del consiglio di famiglia non siano stati unicamente diretti nella scelta del tutore dal desiderio di spacciarsi dalla tutela. I più prossimi parenti debbono succedere al minore; e sembra assai convenevole, siccome dice il dritto romano, che in parità di circostanze,

(a) *Nè si computano i figli concepiti e non nati: costoro non si reputano nati che quando si tratta del di loro interesse.* Locré, tom. VI. pagg. 195.

I motivi di scusa esistenti nell'atto della nomina del tutore, debbono essere da lui proposti immediatamente, s'egli è presente (108). In caso di assenza, egli dee fra tre giorni, da contarsi dalla notificazione della di lui nomina (109), far convocare il consiglio di famiglia per deliberare su tal proposito. Se il luogo del suo domicilio non è lo stesso in cui la tutela è aperta, la dilazione è aumentata di un giorno per ogni tre miriametri di distanza. Queste disposizioni sono tutte assolute; e qualora il tutore non vi si sia conformato, debb' essere dichiarato non ammissibile (110).

Se le scuse sono ammesse, il consiglio di famiglia procede immantinenti alla nomina di un altro tutore; se sono rigettate, il tutore può ricorrere ai tribunali (111) per

l'incarico della tutela sia conferito a coloro i quali hanno la speranza della successione. In questo senso fu deciso in Lione il 16 maggio 1811 (SIAZY, 1812, 2. par. p. 56).

Il parente domiciliato al di là di quattro miriametri, potrebbe esser obbligato ad accettare? Io penso che sì. L'art. 427 † 349 non ammette la scusa poggiate sulla lontananza che pei funzionarj pubblici; ma il consiglio di famiglia ed i tribunali debbono sempre considerare che non vi ha interesse pel minore di avere un tutore il di cui domicilio è molto lontano.

(108) In persona. Egli è riputato assente per questo caso, quando anche fosse rappresentato da un procuratore: egli ha potuto non prevedere di esser nominato tutore, per conseguenza non aver incaricato il suo mandatario di produrre le sue scuse.

(109) Se la tutela è dativa o testamentaria: se è legittima, i tre giorni debbono decorrere da quello in cui egli ha dovuto avere notizia dell'avvenimento il quale ha dato luogo alla tutela.

(110) Non bisogna intendere da ciò che il consiglio di famiglia non potrebbe ammettere la scusa dopo il termine: poichè egli può anche ammettere la dimissione del tutore senza legittima causa; ma ciò significa solo che il consiglio il quale sarebbe stato tenuto ad ammettere la scusa, se fosse stata presentata nel termine prescritto, non l'ammetterà dopo di esso, se non quando lo giudicherà convenevole.

(111) Senz'esser necessario impiegarvi preliminarmente di conciliazione (Cod di proced. art. 49 † T e 883 † 961). In qual termine? La legge non ha veruna cosa stabilito a questo riguardo. Del resto il tutore ha interesse di agir prontamente, poichè egli è tenuto ad amministrar provvisoriamente fino alla decisione definitiva.

Se il tutore ha guadagnata la causa in prima istanza, sarà egli obbligato di amministrare durante tutto il termine dell'appello? No. Una sentenza può essere generalmente eseguita dopo otto giorni, purchè non si appelli. In conseguenza se non vi sia appello, il tutore scusato potrà far convocare un consiglio di famiglia per procedere alla sua sur-

440 farle ammettere; ma durante la lite è tenuto ad ammi-
362 nistrare provvisoriamente.

Se in ultima analisi esse son giudicate valide, coloro
che le hanno rigettate (112) possono (113) essere con-
441 dannati nelle spese; nel caso contrario il tutore può es-
363 servi condannato egli stesso.

rogazione, e se viene in seguito l'appello, io penso che si apparterrà al nuovo tutore di amministrar provvisoriamente pendente l'istanza d'appello.

Quid, se la scusa del tutore sia stata ammessa, ma che vengasi a scovire in seguito che la cagione realmente non esisteva; la deliberazione la quale l'avrà ammessa, potrà essere impugnata, e da chi? Se la falsità della scusa fosse conosciuta dal tutore, io credo che vi sia allora per parte sua dolo personale, e per conseguenza luogo al ricorso per ritrattazione (*Cod. di proced.* art. 480 § 544) il quale potrà esser prodotto sia dal nuovo tutore, sia dai membri del consiglio di famiglia che ha ammessa la scusa, ed anche da coloro i quali sono stati dell'avviso della deliberazione; ben inteso però che le scuse siano state ammesse con sentenza in ultima istanza, poichè contro di queste sole sentenze ha luogo l'enunciato ricorso. (Lo stesso articolo). In caso contrario, se le scuse siano state semplicemente ammesse dal consiglio di famiglia e senza sentenza, la deliberazione può essere impugnata dai membri i quali non ne sono stati d'accordo, ove tuttavolta non vi sia stata acquiescenza per parte loro. Se v'ha una sentenza in prima istanza confermativa della deliberazione e per la quale non vi sia stato appello, io non vedo un mezzo legale per impugnarla.

(112) Se dunque la deliberazione non sia stata unanime, quelli soli potranno esser condannati alle spese, i quali saranno stati dell'avviso del rifiuto. Si è osservato che in caso di dissenso, il sentimento di ciascuno de' membri del consiglio debb'essere scritto nel processo verbale.

(113) *Possono e non debbono*. Non avrà luogo riguardo ad essi la condanna alle spese se non quando il giudice stimerà che il rifiuto sia stato dettato da uno spirito di raggirio. Nel caso contrario, le spese saranno a carico del minore, come spese di tutela. Non è però lo stesso riguardo al tutore, il quale dee sempre, quando soccombe, esser condannato alle spese.

SEZIONE VI.

Dell' incapacità, dell' esclusione e della rimozione della tutela.

I motivi d' incapacità per la tutela sono gli stessi 442
che pel consiglio di famiglia (114). 365

L' esclusione differisce dalla rimozione in ciò: si esclude il tutore il quale non è ancora entrato in funzione, e si rimuove quegli che cominciò ad amministra-

(114) Osservate qui sopra sez. III §. 1. Io penso che debbonsi egualmente aggiungere coloro a' quali siasi dato un consulente giudiziario (a).

Forse sembrerà strano che il padre o la madre minori potessero essere tutori. Il signor PROUONON pretende che non vi sia difficoltà, atteso, dic' egli, che il minore emancipato è capace di tutti gli atti che il tutore ha dritto di fare pel suo minore. Ma quest' autore non ha dunque osservato esservi due atti importantissimi che il tutore può fare da se solo, e che il minore non può fare che coll' assistenza del suo curatore. E questi sono, la difesa delle azioni immobiliari, e la percezione de' capitali mobiliari. Quest' ultimo è sembrato anche talmente importante, che non solo la legge ha preteso che il minore fosse assistito dal suo curatore per l' esazione; ma ancora che quest' ultimo ne sorvegliasse l' impiego. Si accorderà dunque ai padri, ed alle madri pei loro figli un potere che essi non hanno per loro stessi? A me sembra che per questi atti il surrogato tutore, dovrebbe adempire alle stesse funzioni che il curatore adempie riguardo al minore emancipato (Arg. tratto dall' art. 420 † 342).

(a) Le disposizioni del Codice in questa materia sono limitative e non dimostrative, quindi non possono escludersi dalla tutela o dal consiglio di famiglia che coloro de' quali la legge pronunzia la incapacità o l' esclusione; nulla si è qui lasciato all' arbitrio del giudice, neppure l' estendere le cause di esclusione da un caso all' altro; per esempio la conosciuta cattiva condotta e l' infedeltà son dichiarate per l' art. 444 † 367 cause di esclusione o destituzione d' una tutela; i tribunali han dunque il dritto più esteso per esaminare le azioni di un tutore e giudicarli, ma non hanno tal facoltà riguardo ai membri di un consiglio di famiglia, mentre l' articolo seguente 445 † 368 non permette di escludere costoro per cattiva condotta se non quando siano stati esclusi o destituiti da una tutela. Questo fatto d' esclusione è il solo che i tribunali debbono esaminare, senza conoscere i fatti che tendano ad incolpare la moralità de' membri del consiglio di famiglia che non si possono escludere che ne' casi particolari previsti dagli art. 442 † 365 e 445 † 368. (Veggasi la decisione della Corte di cassazione francese del 13 ottobre 1807 riportata nel nuovo Repertorio alla voce Tutelle p. 178, e TOULLIER l. c. num. 1171).

re (115). In conseguenza l'esclusione non può applicarsi che al tutore legittimo o testamentario (116).

(115) Ed esse differiscono entrambe dall' incapacità in ciò che questa, affatto inerente alla persona del tutore ed indipendente dal suo fatto e dalla sua condotta, non reca alcun pregiudizio contro di lui; in luogo che le altre due sono unicamente fondate su di una mancanza di moralità o d'intelligenza.

(116) Si è messo in quistione, se il padre escluso dalla tutela potesse conservare la patria potestà. Alcuni autori, nel numero dei quali è il signor Proudhon, hanno deciso affermativamente. Ma la tutela non è essa l' incarico di aver cura della persona e de' beni del minore? Ed io domando, allorché un padre vien privato, soprattutto per una disposizione penale, di questo dritto su i proprj figli, sopra di che potrà esercitarsi la sua potestà? D'altronde i dritti del tutore sono menò estesi di quelli del padre; e quando la legge ha giudicato il padre incapace di esercitare i dritti di tutore, come può credersi ch' essa gli abbia lasciati quelli della patria potestà? È certo intine che il padre escluso o destituito dalla tutela non potrebbe neanche esser chiamato al consiglio di famiglia, che sarebbe convocato per deliberare sugli interessi de' suoi figli (art. 445 + 368). E si vorrebbe ch' egli solo potesse esercitare i dritti della patria potestà! (a)

Ma *quid* riguardo al matrimonio? Bisogna rapportarsi su quest'oggetto a ciò che dicemmo nel Tit. del matrimonio. (Osservate la nota 9 pag. 8 del tomo 2.º) Certamente il matrimonio contratto col solo consenso del padre escluso o destituito dalla tutela, non potrebbe essere impugnato; ma se il matrimonio non avesse avuto luogo, e che vi fosse stata opposizione dalla parte della famiglia, io credo che il giudice avrebbe dritto di statuire sul *quid utilius* in favore del figlio.

Notate, inoltre, che parlando della patria potestà io non intendo parlare che dei dritti sulla persona; in quanto all' usufrutto legale, il padre o la madre possono averlo senza esser tutori. Essi non amministreranno, e' l' tutore verserà nelle di loro mani tutto ciò che resterà delle rendite dopo il pagamento di tutte le spese a carico di questo usufrutto.

(a) Anche qui è diametralmente opposto il sentimento di TOULLIER num. 1170. Eccone le parole: „ Le cause di esclusione o di destituzione si applicano egualmente a tutte le specie di tutela. Ma il „ padre o la madre esclusi o destituiti non sono perciò privati de' „ dritti risultanti dalla patria potestà, che può essere separata dalla „ tutela, come l' abbiám già osservato. La tutela è un peso che non „ è stabilito se non in favor de' pupilli. La patria potestà è un dritto „ personale del padre e della madre. Permettendo di escludere o di „ destituire i tutori contro ai quali esistono per ciò sufficienti motivi „ il Codice non ha sanzionata contra i padri o le madri la decadenza da' vantaggi che dà loro la potestà paterna, ed i tribunali „ non possono pronunciar una pena che non fu pronunciata dalla „ legge „.

Anche a noi è sembrata rigorosa anzi che no l' opinione del decano di Parigi, e sembra più equo il sentimento di quello di Rennes.

I motivi di esclusione sono i seguenti:

366

1. La notoria cattiva condotta (117);

443

367

2. La condanna ad una pena afflittiva od infamante.

444

In questo caso l'esclusione ha luogo *ipso jure*. Può però il condannato che ha espiata la pena (118) essere nomi-

(117) Ciò che bisogna intendere non solo del disordine negli affari, ma ne' costumi ancora.

(118) Bisogna ciò intendere della pena solo afflittiva; l'infamia durando sino alla morte del condannato non riabilitato, non si potrebbe giammai dire ch'egli ha subito la sua pena, e per conseguenza la disposizione non sarebbe mai applicabile. Nè osta ciò che si è annotato nella nota 161 tom. 2. pag. 89; poichè ivi in primo luogo è quistione della potestà conjugale interamente in favore del marito, mentre qui trattasi della tutela la quale è intieramente a favore del pupillo: non dee sembrar dunque strano che si ricusi la prima all'infame, e che se gli conceda la seconda. In secondo luogo, i due articoli sono formali ciascuno nel suo senso. L'art. 221 § 210 del Cod. civile si spiega in un modo generale: esso suppone che il marito abbia potuto essere condannato solamente ad una pena infamante e non afflittiva, *afflittiva o infamante*, e decide che il marito vien privato della potestà conjugale durante l'intero corso della pena; il che, riguardo all'infamia, è per tutta la durata della vita, salvo il caso di riabilitazione, o di un secondo giudizio, se la condanna ebbe luogo in contumacia: al contrario l'art. 28 del Cod. penale fa l'elenco delle pene alle quali debb' essere applicata la sua disposizione; e decide che chi è stato condannato a queste pene non potrà più essere nè tutore nè curatore se non de' proprj figli, e sol coll' avviso della famiglia. Egli è evidente che l'articolo non ha inteso parlare del caso di riabilitazione, poichè questa facendo cessare tutte le incapacità risultanti dalla condanna, non vi sarebbe più luogo ad applicare la disposizione di cui si tratta, mentre il riabilitato diviene capace di ogni tutela e curatela. Esso non ha inteso parlare neppure del caso di contumacia e di assoluzione da un secondo giudizio, poichè l'accusato essendo assoluto rientra nella pienezza de' suoi dritti. L'art. non può dunque applicarsi che al caso in cui il condannato ha subito una pena afflittiva; e compreso così, conferma esso ancora l'opinione che abbiamo emessa sull'art. 221 § 210 del Cod. civ.: poichè, se il condannato dopo avere espiato una pena afflittiva, viene ancora escluso da ogni tutela ec. tanto più debb' egli, lo ripeto, esser privo della potestà conjugale che è intieramente nel suo interesse (a).

(a) Anche nell'art. 366 parlano le nostre nuove leggi della condanna ad una pena afflittiva o infamante, come una delle cause che produce la esclusione e la rimozione dalla tutela. Ma non abbiain più noi le pene assolutamente infamanti, come notammo nella sez. vi §. 2 delle nostre osservazioni sul matrimonio, ove s'indicarono pure le disposizioni del Codice penale francese. Altrove pure abbiain discorso della riabilitazione e del giudizio contumaciale, ed a lungo nelle osservazioni al Tit. II. della privazione de' dritti civili. Rimaniamo ad esse il lettore.

*image
not
available*

ziate, - la deliberazione del consiglio è motivata, e si 447
procede immediatamente alla nomina del nuovo tutore. 370

Se l'antico tutore aderisce alla deliberazione, n' è fatta menzione, ed il nuovo tutore (123) entra subito in funzione. Se l'antico tutore reclama (124), per l'omologazione della deliberazione si adisce (125) il tribunale di prima istanza il quale pronunzia, salvo l'appello; ed anche in caso di oscitanza della persona incaricata di agire per l'omologazione, il tutore escluso o destituito può farla citare unitamente al tutor surrogato per sentirsi dichiarare ch'ei sarà mantenuto nella tutela (126). 448
371

il consiglio di famiglia può nominare *de plano* un altro tutore senz'aver neanche bisogno di pronunziare l'esclusione o la destituzione, che ha luogo di pieno dritto (a).

(123) Sembra dopo questo che se anche l'antico tutore reclamasse o aderisse alla deliberazione, il consiglio di famiglia dee sempre procedere immediatamente alla nomina di un tutore: ed in fatti non può risulterne alcun inconveniente; poichè se viene confermata la deliberazione, si eviterà l'impaccio e la spesa di una nuova convocazione. Se poi viene annullata, la nomina si avrà come non avvenuta.

(124) Sia in quanto alla forma, sia quanto al merito: in quanto alla forma, s'egli pretende che il consiglio sia stato irregolarmente convocato o composto, o che le deliberazioni non siano state prese in modo uniforme alla legge. Intanto, s'egli vi abbia assistito, ed abbia sottoscritto il processo verbale senza richiami, difficilmente potrà essere ammesso in seguito a proporre delle eccezioni contro al modo com'era il consiglio composto, e contro alla forma delle sue deliberazioni. Fu deciso in questo senso dalla Corte di Bruxelles il 18 luglio 1810 (SIREY, 1811, 2. par. p. 433). In quanto al merito, s'egli pretende che i motivi allegati non esistono o che non sieno sufficienti per far pronunziare la sua esclusione o destituzione.

(125) Contradittoriamente col tutore escluso o destituito.

(126) Chi amministrerà durante la lite? La legge non si è spiegata su quest'oggetto. Pare difficile il supporre che l'antico tutore possa continuare ad amministrare. Da un'altra parte l'art. 448 † 372 sembra decidere che il nuovo tutore non debba entrare in funzione, che quando

(a) Quid se il tutore è assente? L'art. 882 † 959 del Cod. di proced. civ. derogando all'art. 448 † 371 del Cod. civile ordina notificargli la deliberazione che lo destituisce a diligenza di un membro del consiglio di famiglia da questo consiglio destinato; ed aggiunge l'art. 833 † 960 dovere il tutore reclamante dirigere la sua domanda non contro il tutore surrogato, come diceva il Codice civile, ma contro i membri che hanno opinato secondo la deliberazione. Dee dirsi lo stesso tra noi, abbenchè tutte le parti del nostro Codice abbiano avuta l'esecuzione nella stessa epoca?

Se la convocazione del consiglio di famiglia sarà stata domandata non dal tutor surrogato, ma da altri, questi possono intervenire nella causa, che viene d'altronde istruita e giudicata come causa di urgenza.

SEZIONE VII.

Delle funzioni del tutore.

Le funzioni del tutore consistono nella cura della persona e nell'amministrazione dei beni del minore. Esse incominciano dal giorno della nomina se il tutore è presente; altrimenti dal giorno in cui questa nomina gli è stata notificata, se la tutela è dativa o testamentaria. Se è legittima, la sua responsabilità comincia dal giorno in cui ebbe notizia dell'evento che dà luogo alla tutela (127).

L'ufficio del tutore quanto alla persona del minore consiste: 1. A procurargli l'educazione fisica e morale (128) che sia proporzionata alle facoltà del detto mi-

l'antico abbia aderito alla deliberazione. In Roma la accusa bastava ad allontanare il tutore dall'amministrazione (a). In tutt'i casi, e conformemente all'art. 185†226 del Cod. di procedura, potrà ordinarsi l'esecuzione provvisoria della decisione del consiglio.

(127) Si è abolito il giuramento ch'era un tempo solito ad eseguirsi dal tutore.

(128) Salvo il dritto del consiglio di famiglia, il quale può sempre, ove il tutore non sia nè il padre nè la madre, regolare ciò che concerne l'educazione del pupillo, ed anche decidere, se vi ha luogo, che verrà confidata, temporaneamente o in altro modo, ad uno dei suoi parenti diverso dal tutore. Così fu deciso in cassazione, li 8 agosto 1815 (SIREY, 1815, 1. par. p. 321) (b).

(a) Appunto per questa ragione dice TOULLIER l. c. n. 1176, l'antico tutore dee continuare l'amministrazione sino alla sentenza.

(b) La cura della persona ch'esser dee il principale incarico di un tutore non occupa alcun articolo nella nuova legislazione, ed appena qualche regola v'è tracciata su questo importante oggetto. Essa può ridursi a tre punti: 1. Prender cura della persona del minore provvedendo al suo mantenimento, alla sua educazione, alla professione che dee abbracciare, nel che la legge si rimette alla prudenza del consiglio di famiglia che ha dritto a deliberare sul luogo in cui va il minore educato, e sul genere di educazione il più conveniente (art. 454†377);

2. Provocare secondo il bisogno l'esercizio del dritto di correzione.

Delvincourt Corso Vol. III.

nore (129);

2. A metterlo per quanto è possibile nel caso di guadagnarsi la sussistenza col proprio lavoro, se trovasi in una situazione che lo esiga;

3. A vigilare sulla di lui condotta ed anche a promuovere, se fa d'uopo, sempre però con l'autorizzazione del consiglio di famiglia (130), i mezzi di correzione che la legge mette a sua disposizione, e che son gli stessi di quelli dichiarati nel Titolo della patria potestà.

Quanto ai beni, le funzioni del tutore sono di amministrarli da buon padre di famiglia, e di rappresentare il minore in tutti gli atti civili; di qui molte obbligazioni imposte al tutore, alcune delle quali hanno luogo nel momento stesso in cui la tutela è stabilita, ed altre in tutta la sua durata.

(129) *De suo tutor pupillum alere non compellitur.* (L. 3 §. 6 ff. *Ubi pupillus educari* ecc.) Se dunque il pupillo non ha di che sovvenire ai suoi bisogni, il tutore può o metterlo a servire, o collocarlo presso qualche maestro di bottega il quale con certe convenzioni s'incaricasse del suo vitto e del suo mantenimento, o finalmente anche in uno ospizio.

(130) Si comprende bene che quest'autorizzazione non debba esser richiesta, ove il padre sia il tutore. La qualità di tutore non può recar pregiudizio ai dritti della paterna potestà. Lo stesso è della madre non rimaritata.

(131) Eccetto il matrimonio. Poichè il minore vien rappresentato dal tutore in tutti gli atti civili, ne segue che le sentenze pronunciate contra il tutore in questa qualità, sono di pieno dritto esecutive contro del minore, sia prima sia dopo della sua maggior età; e che non possono esser tali giammai contro del tutore stesso, il quale può solo essere astretto a rappresentare i beni del pupillo ed a rimetterne lo specchio.

Il tutore può esser egli responsabile in suo nome verso de' terzi delle obbligazioni contratte nell'interesse del minore? No, se però ha contrattato in qualità di tutore: egli non sarebbe pertanto nemmeno in questo caso ammissibile a poter allegare l'insolubilità del minore; ammenochè non pruovasse che questa risulta da avvenimenti fortuiti sopraggiunti dopo le obbligazioni contratte; altrimenti egli dee imputare a se stesso l'aver fatto contrarre al minore delle obbligazioni alle quali costui non era nel caso di adempire.

zione, ma sempre coll'autorizzazione del consiglio di famiglia, dalla quale non sono esentati neppure i tutori legittimi, come sono gli avi del pupillo;

3. Rappresentarlo negli atti civili, eccetto il matrimonio e la testimonianza in giudizio. V. TOULLIER, num. 1182 e seguenti.

§. I.

*Delle obbligazioni del tutore nello stabilirsi
la tutela. (132).*

Prima e principale si è quella di verificare la natura e la quantità dei beni appartenenti al minore.

Il tutore dee perciò sulle prime ed al più tardi nei dieci giorni successivi a quello della sua nomina da lui debitamente conosciuta, fare istanza acciocchè vengano
451 tolti i sigilli nel caso in cui fossero stati apposti, e fare
374 nel tempo istesso procedere all'inventario (133); il tutto

(132) E non nell'incominciare il tutore ad amministrare, poichè può accadere che la sua amministrazione incominci molto tempo dopo dello stabilimento della tutela; come, se sia un nuovo tutore nominato in caso di morte, dimissione o destituzione dell'antico, è chiaro che le disposizioni di questo paragrafo non possono riguardarlo: egli è soltanto tenuto a riceverè e verificare sotto la sua responsabilità personale il conto reso dal tutore antico o da' suoi eredi; ed egli non si trova incaricato che del residuo di questo conto.

(133) Per sapere ciò che debba intendersi per *suggelli ed inventario*, e quali siano le formalità richieste per questa sorte di atti, vedete appresso al Tit. delle successioni, cap. 4 sez. 1 §. 1.

Il tutore potrebbe mai esser dispensato dal testatore dall'obbligo di fare inventario? Fa d'uopo distinguere: se il minore è erede legittimario del testatore, la dispensa è nulla. Altrimenti, nel caso contrario. Il testatore potrebbe in quest'ultima circostanza privare il minore di tutta la propria successione: egli ha quindi potuto lasciargliela a tale o tale altra condizione. Ma notate che la dispensa dall'inventario non porta seco quella di render conto. (Argom. tratto dalla legge 5, §. 7 ff. *de administ. et peric. tut.*) Solamente il tutore non può esser cavillato sulla qualità e il valore del mobiliare della successione. Ma se fosse provata la frode; come se venissero presentati de' titoli di credito appartenenti al defunto, di cui il tutore avesse incassato il rimborso e che non avesse registrato a credito, non vi ha dubbio che dovrebbe essere obbligato a darne conto. La dispensa dall'inventario non gli accorda certamente il dritto di appropriarsi alcun oggetto della successione (*Dicta L. §. 7*) (a).

(a) *Trà le sagge osservazioni che fa il nostro autore nelle sue note sull'inventario in forza del quale il tutore riceve dalla giustizia i beni che ha da amministrare e de' quali dee render conto, omette quella riguardante i beni immobili. La legge non dice che nell'inventario si debbano trascrivere gli stabili, ma vi sarebbero degl'inconvenienti a trascurar di formarne lo stato, e se abusivamente si usa di non riferirli nell'inventario, ciò è perchè viene supplito bene spesso all'indicazione e descrizione di essi per mezzo dell'inventario de' titoli di proprietà, delle scritture di affitti, ed altre carte del defunto.*

in presenza del tutor surrogato. Il tutore che non fa procedere a questo inventario ed il surrogato che non le provoca sono tenuti solidalmente per tutte le condanne che possono essere pronunciate a questo riguardo in beneficio del minore; e se il tutore fosse il padre o la madre, sarebbe inoltre, come l'abbiam detto, privato dell'usufrutto legale: il tutto senza pregiudizio dei procedimenti delle parti interessate (134) circa la consistenza ed il valore dei beni ed effetti la di cui pruova potrà esser fatta tanto per titoli che per testimonj o anche per pubblica voce (135).

1442
1406

Nel mese successivo al compimento dell' inventario, il tutore dee far vendere (136) i mobili (137) in presenza del surrogato tutore col mezzo di atti d'incanto rice-

(134) Il minore, i suoi eredi o aventi causa.

(135) Si dice che un inventario è fatto per titoli, quando si giustifica per mezzo di titoli che il defunto aveva tale o tale altra sostanza. Si dice fatto per testimonj, quando vi han delle persone che dopongono essere a di loro conoscenza che il patrimonio del defunto era composto di tali o tali altri oggetti. Infine l'inventario si dice fatto per pubblica fama qualora i testimonj dichiarano solamente di aver inteso dire che il defunto aveva un mobile di tal valore, de' crediti attivi in tale somma, che passava per aver tal rendita perpetua o vitalizia, ecc. Si vede però quanto quest'ultima prova sia vaga ed incerta, ma dee il tutore imputare a se stesso il non aver presa la via ordinaria. Inoltre l'articolo dice: *si per titoli, che ecc.* il che suppone potersi cumulare insieme i tre diversi modi al tempo stesso (a).

(136) *Quid* se egli trascura di farli vendere? Egli è tenuto al ribasso del prezzo, ed alla deteriorazione derivata dalla di lui trascuraggine. (Arg. tratto dall'art. 805 § 723.

Ribasso del prezzo, se il prezzo n'è diminuito, anche senza deteriorazione degli effetti; cioè perchè siano fuor di moda.

Deteriorazione, se abbiano sofferte delle degradazioni.

(137) Corporali. Egli è evidente che questa disposizione non si applica ai mobili incorporali, come le rendite, i crediti, ecc. (b).

(a) *Le formalità dell' inventario sono spiegate nell' art. 952 § 1127 e seguenti del Cod. di proced. civ. Per le quistioni che possono avervi luogo V. il nostro Carré nelle Leggi di proced. civ. a questi articoli.*

(b) *La legge non eccettua le rendite costituite, e provegnenti da fondi, ma tal eccezione è compresa nel senso e nello spirito della legge. Si è ordinata la vendita de' mobili non per altro che per impiegarne il prezzo; cessa questo fine quando trattasi di capitali, che danno già un frutto. Che se la legge non li ha espressamente eccettuati, quest'è, come dice TOULLIER, perchè quando si discuteva il Titolo della minor età, si ignorava ancora che siffatte rendite sarebbero state classificate tra i beni mobili.*

452 vuti da un uffiziale pubblico (138), e prevj gli avvisi o
375 pubblicazioni di cui si fa menzione nel processo verbale
della vendita. (Per le formalità di siffatta vendita si
veggano gli articoli 945, 1021 a 951, 1027 e 617, 708
a 625, 716 del Codice di procedura).

Se però il consiglio di famiglia a maggior vantaggio
del minore abbia autorizzato che si conservi in ispecie
ivi tutti o parte de' mobili, il tutore dee conformarsi a sif-
fatta disposizione. Quest' autorizzazione non è però ne-
cessaria quando v'è luogo all' usufrutto legale, nel qua-
le caso quello de' genitori che ha tale usufrutto può, se
lo preferisce, e senza esservi autorizzato, conservare i mó-
bili per consegnarli in ispecie; ma allora è tenuto:

1.º Di farne fare a sue spese una stima a giusto va-
lore da un perito nominato dal tutore surrogato (139) e
che presta giuramento avanti il giudice di pace;

453 E 2.º di restituire il valore della stima di quei mo-
376 bili che non può rimettere in ispecie alla fine del suo
usufrutto (140).

(138) Ch' egli ha dritto di scegliere, se i minori sono i soli eredi.
Altrimenti dovrà intendersela per la scelta con gli altri eredi. (Decis.
della Corte di Torino del 10 maggio 1806, riferita da SIAVR, 1812,
1. par. p. 372).

(139) Non vi ha luogo a chiamare contraddittoriamente de' periti.
Di fatti qui non si tratta di una operazione indispensabile, come ne-
gli apprezzamenti ordinarj. L'operazione di cui qui è questione è intiera-
mente nell' interesse del padre o della madre, i quali sono padroni di
non prendere i mobili. Tutte le precauzioni debbono dunque essere in
favore del figlio. Notate inoltre che colui che ha il dritto di uso non è
tenuto a rendere il valore al prezzo della stima se non nel caso in cui
egli non presentasse gli oggetti in ispecie. Se essi esistono, per quanto
possano essere deteriorati, purchè non derivi la deteriorazione dall'abuso,
o da un uso straordinario che se ne fosse fatto, l' usufruttuario non è
tenuto ad alcuna indennità. Se poi non esistono, può presumersi che colui
che aveva il dritto di fruirne gli abbia venduti dal momento ch' entrò nel
godimento, e perciò dee restituirne il valore secondo il di loro stato e
prezzo in quell' epoca. (Argom. tratto dall' art. 950 † 874).

(140) E senza che il minore possa disturbare i terzi i quali gli
avessero di buona fede acquistati. *In fatto di mobili il possesso pro-
duce l' effetto stesso del titolo* (art. 2279 † 2185).

Ma questi mobili potrebbero esser compresi in un sequestro fatto
ad istanza de' creditori del padre? Io penso che bisogna far distinzione:
se prima della vendita si fosse fatta dal surrogato tutore una domanda
di alienazione de' mobili compresi nell' inventario, la vendita, dovrebbe
esser ordinata. Ma se fossero stati già venduti, i compratori non potreb-

Il prodotto della vendita de' mobili serve a pagare i debiti, se ve n'ha, e del di più verrà fatto impiego, come il vedremo nel seguente paragrafo.

§. II.

Delle obbligazioni del tutore durante la tutela.

Abbiain detto che il tutore doveva amministrare da buon padre di famiglia, vale a dire, avere per gli affari del pupillo la stessa cura e vigilanza che un esatto ed economico padre di famiglia ha per gli affari propri.

Egli dee per conseguenza, sotto pena di ogni danno ed interesse: mantenere i beni in buono stato; darli in affitto o appigionarli, se vi ha luogo, alle migliori condizioni; pagare per quanto è possibile i debiti esigibili ovvero onerosi; agire contro i debitori; far tutti gli atti conservativi; interrompere le prescrizioni (141); coprire le perenzioni (142); prendere le iscrizioni ipotecarie; intentare sia di propria sola autorità, sia con l'autorizzazione del Consiglio di famiglia quando è richiesta, tutte le azioni appartenenti al minore; rispondere a tutte quelle intentate contro di lui; impiegare (143) il danaro del minore, tanto quello trovato nella successione cui egli è chiamato, quanto quello rimasto dalla vendita dei mobili dopo il pagamento dei debiti ec.

Dee del pari far impiego nel corso della tutela dei danari provegnenti, sia dall'eccedente delle rendite sulla

bero essere disturbati. La stessa cosa è riguardo al prezzo. Se questo fosse ancora nelle mani dell'uffiziale della vendita, può esser reclamato a nome del minore. Ma se fosse stato introitato dai creditori, non può domandarsene la restituzione. (Arg. tratto dall'art. 2279 † 2135.

(141) Parlasti di quelle prescrizioni le quali corrono contra i minori (art. 2278 † 2184).

(142) La perenzione è l'estinzione della procedura, cagionata dall'interrompimento delle istanze durante tre anni o tre anni e mezzo, secondo le circostanze. Essa corre contra i minori. (Proced. articolo 398 † 391).

(143) Nella maniera la più sicura e la più solida possibile, senza pertanto che egli possa rimanerne responsabile, se ha prese tutte le precauzioni che la prudenza richiedeva e che per un avvenimento impreveduto esse siano restate inutili. Egli non è obbligato d'altronde a consultare il consiglio di famiglia su quest'oggetto.

spesa, sia dai capitali rimborsati; e a prevenire tutte le difficoltà che potrebbero sorgere non meno sulla quantità della somma cui quei danari dovrebbero ammontare per essere impiegati, che sul tempo nel quale l'impiego debb'esser fatto, il tutore, quando non sia il padre o la madre (144), dee conformarsi alle disposizioni seguenti:

Primieramente nell'incominciare l'esercizio della tutela egli dee fare stabilire (145) preventivamente dal consiglio di famiglia la somma cui potrà ascendere la spesa annua pel minore, non che quella dell'amministrazione de' suoi beni.

Stabilita così una tale base, il consiglio determina la somma precisa (146) da cui comincerà l'obbligo nel tutore d'impiegare; e se quest'impiego non è fatto nello spazio di sei mesi dal giorno in cui la somma stabilita era pronta, ne vanno a carico del tutore gl'interessi dopo che sono scorsi i detti sei mesi (147).

(144) *Nullus est affectus qui vincat paternum.* Si debbon presumere nel padre e nella madre abbastanza buone intenzioni per non astringerli alle regole che seguono. D'altronde essi hanno il più sovente l'usufrutto legale. Se però essi avessero trascurato di far valere il danaro di cui il minore ha l'usufrutto, non vi ha dubbio che siano responsabili, come ogni altro tutore.

Nota. Giudicossi dalla Corte di Tolosa nel due luglio 1821 (SIREY, 1822, 2. par. p. 10), che il consiglio di famiglia autorizzando una vendita di legname, non avea potuto, anche sul motivo dell'insolvibilità del padre tutore legale, obbligarlo di farne impiego o dar cauzione.

(145) Il quale stabilimento non dee in generale eccedere le rendite del minore. (L. 3 §. 1 ff. *ubi pupillus*, ecc.) È da osservarsi un atto di notorietà dello *Châtelet* di Parigi del 21 marzo 1699, citato da DENISART, V. *Tuteur* n. 62). *Quid* se non bastano le rendite, sia per la sussistenza ed educazione del minore, sia per fargli apprendere un mestiere? Il tutore, come l'abbiamo già detto, non è obbligato a nutrirlo *de suo* (L. 3 §. 6 ff. *eod.*) Osservate qui sopra la nota 129 pag. 50. In tutti i casi il consiglio di famiglia può autorizzarlo a prendere dai capitali del minore, se è necessario, di che pagar i maestri o per altra cosa simile. La deliberazione in questo caso debb'esser omologata.

(146) Sia che questa somma provenga dall'eccedenza delle rendite sulla spesa, sia da un rimborso di capitali.

(147) Lo stesso avrebbe luogo, se la somma non si fosse completata per mancanza del tutore; come, s'egli avesse trascurato di agire contra i debitori del pupillo; tanto più se, essendo egli stesso debitore del pupillo, il debito fosse divenuto esigibile. *Debitum a se ipse exi-*

Se il tutore non ha fatto determinare la somma da cui debba incominciare l'obbligo dell'impiego, è tenuto agl'interessi di qualunque somma non impiegata, comunque picciola siasi, scorso il termine di sei mesi dopo che l'abbia ricevuta. 456
379

gere. (L. 9 §. 4 ff. *de admin. et peric. tut.*) Ed anche, se questo debito non produca interesse, ne produrrebbe sempre uno di dritto a vantaggio del pupillo, da correre dal giorno in cui è divenuto esigibile. Del pari s'egli fosse creditore del pupillo per una somma che produce interesse, avrebbe luogo la compensazione, e gl'interessi cesserebbero di decorrere in suo profitto dal giorno della scadenza, s'egli avesse in cassa in danaro ozioso appartenente al suo pupillo una sufficiente somma per soddisfarsi di ciò ch'era esigibile, *quia debuit sibi solvere*.

Quid, se il credito del tutore non produceva interesse; e che non si trovasse in sue mani alla scadenza una sufficiente somma per pagarlo, come si potrebbero far decorrere gl'interessi? Io penso ch'essi dovrebbero decorrere di pieno dritto, e ciò in virtù di argomento fondato sugli art. 474 † 397, 1473 † T, 2001 † 1873, ecc. dai quali si vede che la legge fa decorrere gl'interessi di pieno dritto e senza domanda riguardo a persone le quali non possono o non debbono formar domanda in giudizio l'una contro dell'altra; ed anche per argomento di ciò che si è detto nel precedente paragrafo in riguardo ai crediti del pupillo verso il tutore.

Notate in primo luogo che il termine di sei mesi vien accordato al tutore, unicamente per dargli tempo di trovare come impiegare il danaro, e non per procurargli un beneficio. Se dunque egli l'ha impiegato prima che spirassero i sei mesi, dee gl'interessi dal giorno dell'impiego.

2. Che, come si è detto, non ritrovando il tutore a far impiego, sarà tenuto agl'interessi dallo spirar de' sei mesi. Fa d'uopo dunque che vi sia mancanza d'impiego cioè che il tutore abbia i fondi oziosi, o che ne abbia ritardato l'impiego. Ma se non ne apparisce alcun impiego, e che il danaro non sia rimasto nelle sue mani, è da presumersi allora di averlo impiegato in uso proprio, e ne dee perciò gl'interessi dal giorno che lo ha incassato. (L. 8, §. 11, ff. *de admin. et peric. tut.*, ed argom. tratto da ciò ch'è stabilito riguardo al socio dall'art. 1846 † 1717).

3. Che gl'interessi ricevuti dal tutore e quelli di cui può esser debitore per motivo di mancanza o di ritardo d'impiego, formano nelle sue mani altrettanti capitali, gl'interessi de' quali sono dovuti, perchè essi non sono stati impiegati, a norma di ciò che si è detto per gli stessi capitali.

E 4. che il tutore creditore del suo pupillo, ed il quale atteso il cattivo stato degli affari di quest'ultimo ottiene un rilascio dagli altri creditori, è obbligato a soffrire egli stesso un simile rilascio, ammenò ch'egli non appartenga alla classe dei creditori non obbligati a seguire la legge comune, per es. se egli abbia una cauzione, un privilegio o un'ipoteca.

Tali sono in generale gli obblighi del tutore. Ci rimane ora a far conoscere particolarmente gli atti che a lui sono del tutto proibiti, e quelli pei quali ha solo bisogno dell'autorizzazione del consiglio di famiglia.

450 Il tutore non può, sotto pena di nullità, comprare
1596 i beni del pupillo, nemmeno in pubblica aggiudicazione (148). 144r

450 Egli non può accettare la cessione di alcun credito
373 o ragione contro di lui (149); e se si trova di averne personalmente alcuno nel punto della sua nomina, dovrà

(148) Sarebbe da temersi ch'egli non ne allontanasse i maggiori offerenti. Ma notate che tale nullità non è che relativa e non può essere invocata che dal pupillo o da' suoi aventi causa, e non mai dal tutore.

(149) *Quid* se egli abbia accettato una simile cessione? Presso i Romani tutto era annichilato, la cessione e l'obbligazione ceduta, e il pupillo era libero (Nov. 72, cap. 5). E ciò era fondato su varie ragioni. Prima di tutto il cedente non poteva più esercitare l'azione, poichè l'aveva abbandonata in favore del tutore. Il cessionario avea trasgredita la legge; *et nemo ex delicto suo debet consequi actionem*. Ne risultava che il pupillo era liberato, non già, a vero dire, per l'estinzione dell'obbligo, ma perchè nessuno poteva agire per l'esecuzione. Sarebbe lo stesso presso di noi? Io lo crederei tanto più volentieri quanto che vi sono le stesse ragioni, e che d'altronde l'articolo 451 § 374 pronuncia la decadenza contro il tutore, il quale abbia solamente ommesso di dichiarare nell'inventario il suo credito. Or l'uno non è più colpevole dell'altro. Era questo ancora l'avviso del signor DE LAMOIGNON nelle sue ordinanze. (Tit. delle tutele. art. 96)

Il tutore potrebbe farsi fare una simil cessione mediante l'autorizzazione del consiglio di famiglia? Io non lo credo. Ogniquale volta la legge si è contentata di esigere questa autorizzazione per la validità dell'atto, lo ha espressamente dichiarato.

Quid, se il tutore, creditore egli stesso del suo pupillo, abbia fatto uso della facoltà accordatagli dall'art. 1251 § 1204, di rimborsare cioè un creditore a lui preferibile nell'ipoteca; potrà aver luogo in suo favore la surrogazione legale? Io son di avviso che sì, tranne il caso della frode. Non credo, che l'art. 450 § 373 possa applicarsi a questo caso; e ciò argomentando dall'art. 1701 § 1547 il quale porta che le disposizioni dell'art. 1699 § 1545 relative all'acquisto de' dritti litigiosi, debbono cessare ogni volta che può supporre nel compratore un motivo diverso da quello di acquistare un dritto litigioso. Dunque, *a pari*, la disposizione dell'art. 450 dee cessare quando si può supporre nel tutore un altro motivo diverso da quello di acquistarsi un credito sul suo pupillo. Sarebbe lo stesso, per un motivo più forte, se si fosse fatto surrogare ad un credito contro il minore per conseguenza del rimborso ch'egli ne avesse fatto, sia come obbligato solidale, sia come tuteur.

sotto pena della perdita delle sue ragioni, dichiararlo nell' inventario (150) sulla dimanda che il pubblico ufficiale (151) è tenuto di fargliene, e di cui va apposta menzione nel processo verbale. 451
374

Egli non può dare in affitto i beni del pupillo per un tempo maggiore di nove anni (152); e se lo ha fatto, allorchè il tutore cessa dall' incarico, l'affitto non obbliga il pupillo o i suoi eredi, che pel tempo il quale rimane a decorrere, sia del primo periodo di nove anni ove non sia ancora terminato, sia del secondo, ove sia incominciato, e così di seguito (153). Quanto agli affitti anche di nove

(150) Si fa questo onde prevenire la frode. Il tutore potrebbe essere stato saldato del suo credito da colui dal quale ereditò il pupillo; divenuto tutore, e trovando la sua quietanza nelle carte del defunto potrebbe sopprimerla, e domandarne il pagamento per la seconda volta. Obbligandolo a fare la dichiarazione nell' inventario, non è più tanto da temersi lo stesso inconveniente. Siccome egli non sa i documenti che vanno a trovarsi nelle carte del defunto, non è presumibile ch' egli faccia una dichiarazione che potrebbe essere smentita nel corso dell' inventario. Per questa ragione stessa io crederei conveniente di esigere la dichiarazione immediatamente dopo l' intitolazione dell' inventario. Al momento della chiusura, sarebbe troppo tardi. In seguito del medesimo principio, la disposizione dell' art. 431 + 353 sarebbe applicabile tanto più al tutore il quale si fosse impadronito delle carte della successione senza far precedere l' inventario. Ma reciprocamente poi non sarebbe al certo applicabile alla madre tutrice, la quale fosse creditrice di suo marito in ragione de' suoi dritti matrimoniali.

NOTA. Una decisione della Corte di Parigi del 14 febbrajo 1817 riportata nel *SIÈGE*, 1818, par. 2. p. 59, giudicò con ragione che questa disposizione non era applicabile al tutore surrogato; ed effettivamente il motivo non è lo stesso, poichè il tutor surrogato non ha alcuna carta a sua disposizione.

(151) Bisogna da ciò conchiudere, che se non vi fosse stata richiesta, non vi sarebbe neanche decadenza dal dritto. Ma allora l' articolo avrebbe dovuto contenere una pena contra l' ufficiale pubblico il quale avesse trascurato di richiedere la dichiarazione.

(152) Vi erano delle provincie nelle quali gli affitti de' beni de' minori venivano aggiudicati all' incanto, dopo la pubblicazione degli affissi. Tal disposizione non essendosi rinnovata nel Codice, dee tenersi come abrogata.

(153) Sia un contratto di affitto conchiuso da un tutore per ventisette anni. Se il tutore cessa dalle sue funzioni al termine di quattro, il contratto non sarà più obbligatorio che per cinque anni seguenti. Se le funzioni cessassero al decimo anno del contratto, sarebbe anche obbligatorio per otto altri anni. Infine s' esse non cessassero che nel diciannovesimo anno, il contratto sarebbe eseguito per intiero. Ma notate che la mancanza di obbligazione non esiste che riguardo al pupillo.

anni soltanto, son essi interamente nulli (154) se furon
 1429 fatti più di tre anni prima del termine degli affitti cor-
 1400 renti quanto ai fondi rustici, e più di due anni prima
 1430 della stessa epoca quanto agli urbani. Se però l' esecu-
 1401 zione degli affitti quantunque prematuramente rinnovati
 1718 fosse incominciata prima della cessazione dell' ufficio del
 1564 tutore, la nullità non potrebbe esserne domandata.

Indicheremo ora gli atti pei quali il tutore abbiso-
 gna dell' autorizzazione del consiglio di famiglia. Non può
 dunque il tutore senza tale autorizzazione:

1. Prendere in affitto i beni del pupillo; se l' auto-
 450 rizzazione ha luogo, l'affitto potrà farglisi dal tutore sur-
 378 rogato. (155).

2. Trasferire le iscrizioni o promesse d' iscrizioni sul
 Gran Libro del debito pubblico, appartenenti al mi-
 nore, ed eccedenti i 50 franchi di rendita. Quanto a
 quelle di 50 franchi o meno, può venderle senza auto-
 rizzazione. In tutt' i casi e qualunque sia il valore della
 iscrizione, non v' è uopo di avvisi nè di pubblicazioni,
 ma bisogna che il corso della piazza nel giorno della ven-
 dita sia legalmente comprovato (156); ed il tutore dee

Se il nuovo tutore, o il pupillo egli stesso, divenuto maggiore o eman-
 cipato, vogliono continuare il contratto, il fittuario non può doman-
 darne la rescissione. (Vedete le note sul Tit. dell'affitto).

Questa disposizione ha più motivi.

Il primo, di non privare per troppo lungo tempo il pupillo dive-
 nuto maggiore, o i suoi eredi, della libera disposizione de' beni;

Il secondo, di prevenir l' abuso de' presenti (*pots de vin*) che il
 tutore potrebbe esigere a suo profitto sugli affitti che facesse di lunga
 durata;

Il terzo in fine si è, che il contratto eccedente nove anni è ri-
 guardato come una specie di alienazione (art. 481 § 404).

(154) Cioè nulli per tutta la di loro durata; ma la nullità non è
 che relativa come la precedente, e non può esser chiesta che dal pu-
 pillo o da' suoi aventi causa, e non dal fittuale o locatario. (Vedete
 la precedente nota).

(155) *Tutor non potest esse auctor in rem suam* (L. 1. ff. de
auctorit. et cons. tut.)

(156) Con un certificato degli agenti di cambio della piazza, i
 soli che hanno il dritto di comprovare il corso degli effetti pubblici (*Cod.*
di commer. art. 26 § 71).

Quid riguardo alle rendite ordinarie? Se viene offerto il rimborso
 dal debitore, il tutore ha qualità per riceverlo da se solo; ma trattan-
 dosi di una cessione, io penso che il tutore non può cedere da se solo
 che le rendite di cinquanta franchi o meno. (*Argom.* tratto da ciò

tener conto del prodotto della vendita come di quello dei mobili. (*Legge del 24 marzo 1806, boll. n. 1440*). Per decreto dei 25 settembre 1813 (*boll. n. 9737*) le disposizioni di questa legge sono state applicate al caso in cui il minore fosse proprietario di azioni sul Banco ; se non ne ha che una sola , o se ha in molte un dritto che non ecceda in coacervo un' azione intera , la vendita può aver luogo senza autorizzazione.

3. Accettare o ripudiare una successione scaduta al minore ; ed anche con autorizzazione non può accettarla che col beneficio dell' inventario (157). 461
384

che ha luogo riguardo alle rendite sullo Stato). Per quelle che sono al di là , egli dee farsi autorizzare dal consiglio di famiglia : ed in tutt' i casi , io penso che la vendita debba farsi per via di affissi e pubblicazioni ed all' incanto presso di un notaro. Non è già che le rendite non siano riguardate attualmente come effetti mobili ; ma la legge intanto avendo creduto dover prescrivere delle formalità particolari riguardo al sequestro ed alla vendita delle rendite costituite (*Cod. di procedura* , art. 636 § 726 e seguenti) , io penso che non debba esser diversamente tanto più allorchè queste rendite appartengono a' minori. Se si tratta di rendite fondiali , il tutore dovrà conformarsi per la ricompra alle disposizioni della legge del 29 dicembre 1790 , relativa alla ricompra di questa sorta di rendite , osservando che a' termini della disposizione finale dell' art. 3 del tit. 2. della detta legge , il debitore è garante del nuovo impiego del prezzo della ricompra , se non credesse meglio di farne deposito ; nel quale caso , il prezzo non vien rilasciato ai tutori , ecc. che in virtù di sentenza del giudice , pronunziata sulle conclusioni del procuratore del re , innanzi al quale dee giustificarsi il reinvestimento.

(157) Vedete qui appresso al Tit. delle successioni , cap. 4. sez.

1. §. 2. ciò che sia *beneficio d' inventario*.

La disposizione dell' art. 461 § 384 è un cambiamento fatto al dritto antico , ed è molto utile. Anticamente il minore , malgrado ogni specie di autorizzazione , poteva aver in non cale la qualità di erede fino alla maggior età , il che lasciava durante tutto questo tempo i suoi coeredi , o gli eredi del grado susseguente , in una situazione precaria ed incerta. Attualmente , almeno allorchè si adempiono le formalità , il minore non può farsi restituire contro l' accettazione. (*Argom. tratto dall' art. 1314 § 1268*).

Ma perchè mai si esige l' autorizzazione del consiglio di famiglia , giacchè non può aver luogo l' accettazione che col beneficio dell' inventario , e che per conseguenza il minore non s' impegna al di là del profitto che ricava dalla successione ? Ciò avviene per tre ragioni : la prima , perchè l' accettazione anche col detto beneficio l' obbliga alla collazione (art. 843 § 762) ; la seconda , perchè essa lo rende responsabile , anche sui proprj beni , dell' amministrazione della successione e del pagamento del residuo (art. 803 § 720) ; la terza in fine perchè essa l' obbliga al pagamento de' debiti e de' legati , almeno fino alla con-

463 4. Accettare una donazione fatta al minore (158): in questo caso l'accettazione autorizzata ha lo stesso effetto
386 riguardo al minore come se egli fosse maggiore (159).

correnza del valore de' beni componenti la successione; di modo che se il tutore dissipasse questi beni, il minore sarebbe obbligato a pagare coi suoi beni personali.

Quid se il tutore, autorizzato o no, accettasse puramente e semplicemente? Io penso che ciò non può pregiudicare al minore. L'art. 461 † 384 dice che l'accettazione non può aver luogo senonchè con l'autorizzazione del consiglio di famiglia, e che, anche con tale formalità, non avrà luogo che col beneficio dell'inventario. Dunque l'accettazione è assolutamente nulla se non vi è autorizzazione; e se ve ne è una, il minore sarà riputato sempre erede beneficiato. Così fu preso a poco deciso in Angers addì 21 agosto 1809 (*Giorn. della giurispr. del Cod. civ.* tom. XIV, pag. 357). Per la stessa ragione io penso che la mancanza delle formalità richieste dagli art. 793 † 710 e 794 † 711 non renderebbe perciò il minore erede puro e semplice. Queste formalità in fatti evidentemente suppongono che l'erede sia il padrone di accettare puramente e semplicemente, o col beneficio dell'inventario; e come tal beneficio è un vantaggio, la legge ha determinate le condizioni alle quali l'erede dee adempire per ottenerlo. Ma qui l'erede non ha la scelta: Il beneficio è da lui acquistato di pieno dritto. Egli non può esser dunque sottoposto all'osservanza di alcuna formalità. Se intanto queste formalità non vennero adempite, e che ne sia risultato qualche pregiudizio pei terzi, questi avranno dritto al regresso contro del tutore in suo proprio e privato nome.

La deliberazione del consiglio di famiglia debb'essere omologata? Il Codice non si è spiegato su questo soggetto. Io penso però che lo debba essere, sia che autorizzi ad accettare ovvero a rifiutare. In quanto al rifiuto, questo è l'alienazione di un dritto acquisito; e sotto tal rapporto l'omologazione è necessaria. Ove autorizzi poi ad accettare, noi abbiamo già osservato che questa accettazione può portar seco alienazione, poichè obbliga il minore alla collazione; ed inoltre che può risultarne obbligazione de' beni del minore: doppio motivo per esigere l'omologazione.

Quid se il minore abbia accettato da se solo semplicemente e puramente? Io penso che quest'accettazione sia nulla, o non valerà che come accettazione beneficiata secondo l'interesse del minore. Ma io penso pure che le parti interessate, coeredi, o creditrici della successione, potrebbero costringere il minore a prendere un partito definitivo. Nè osta l'art. 1125 † 1079, il quale non si applica che a quelli i quali hanno contrattato col minore, e che debbono imputare a se stessi di aver trattato con una persona incapace. Ora questo motivo non è applicabile nè ai coeredi, nè ai creditori.

(158) Se però il tutore fosse un ascendente del minore, egli non avrebbe bisogno di essere autorizzato, poichè potrebbe accettar la donazione ancorchè non fosse tutore e nella semplice sua qualità di ascendente (art. 935 † 859).

(159) Cioè che se la donazione in seguito gli divenisse gravosa,

5. Intentare in giudizio un'azione (160) relativa ai 464
diritti del minore sopra beni immobili (161), o aderire 387
ad una domanda relativa ai medesimi diritti;

egli non potrebbe farsi restituire. Noi tratteremo al *Tit. delle donazioni tra vivi* la quistione, tanto controvertita, se la donazione accettata dal minore solo, o dal tutore non autorizzato, sarebbe valida almeno nell'interesse del minore (Vedete le note al *Tit. delle donazioni*).

(160) Il tutore potrebbe mai senz'essere autorizzato, appellare da una sentenza la quale abbia statuito su di un dritto immobiliare, appartenente al suo pupillo? Fu deciso affermativamente in cassazione il 17 novembre 1813 (Sirey, 1814, 1. par. p. 101) e con ragione. L'appello non è l'introduzione di un'azione, ma il seguito di un'azione precedentemente intentata. D'altronde o il tutore è stato reo convenuto dal principio, e l'appello può essere allora riguardato come una conseguenza della difesa; o egli è stato attore, ed in tal caso ha dovuto essere autorizzato.

(161) S'intende con ciò ogni azione tendente a revindicare un immobile oppure un dritto inerente ad un immobile, come un usufrutto, una servitù (art. 526 + 449.) Se dunque il padre del minore ha acquistato nel corso di sua vita un immobile che non gli è stato ancora rilasciato, l'azione esistente nella di lui successione per domandarne il rilascio, è un'azione immobiliare, la quale non potrà essere dal tutore intentata senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia. Se al contrario l'autore del minore abbia venduto un immobile, di cui non avesse incassato il prezzo, l'azione pel rimborso di questo è un'azione mobiliare, *quia tendit ad quid mobile*. Essa potrà dunque esser formata dal tutore senza autorizzazione.

Quid se il compratore non avendo pagato vi sia luogo a domandare lo scioglimento della vendita? Questa è un'azione immobiliare, poichè domandando siffatto scioglimento, il tutore domanda che sia restituito l'immobile. È dunque un'azione diretta a revindicare un immobile. Lo stesso è per l'azione di rescissione, per quella di ricompra. Bisognerà dunque che in tutti questi casi il tutore sia autorizzato.

Quid riguardo all'azione confessoria o negatoria? L'azione confessoria è quella che vien formata da colui il quale pretende un dritto di servitù sopra di un immobile, contra il proprietario del fondo che dee la servitù, perchè abbia a permetterne l'uso: dunque è realmente un'azione diretta a rivendicare una servitù, cioè un immobile; dunque è un'azione immobiliare. In quanto alla negatoria, è quella che vien formata dal proprietario di un fondo contro di colui il quale pretende avere ed esercita un dritto di servitù su questo stesso fondo, perchè abbia a sospenderne l'uso, ed a riconoscere che non gli sia dovuto. Or siccome la servitù è una porzione uno smembramento della proprietà, colui il quale intenta l'azione negatoria debb'esser eguagliato a quegli che rivendicherebbe una parte del fondo posseduto da un'altra persona. È dunque nell'uno e nell'altro caso un'azione immobiliare.

Quid, se il minore avendo un dritto di usufrutto su di un immobile, venga disturbato nel suo godimento, di qual natura è mai

6. Provocare ad una divisione; ma può senza au-

L'azione che si dovrà intentare dal tutore per far cessare il disturbo? Bisogna distinguere: Se il disturbo è fondato sul merito del dritto impugnato, come, perchè voglia pretendersi che il pupillo non sia l'usufruttuario, o che il suo usufrutto non si estenda a tale o tal altra parte del fondo: l'azione allora da intentarsi, siccome tende a rivendicare il dritto, ch'è un immobile, è immobiliare. Ma se il disturbo non cade che sulla percezione de' frutti, come, se si pretenda che tal cosa non sia un frutto, l'azione non è che mobiliare, e può essere intentata dal tutore solo.

Quid, riguardo alle azioni possessorie? L'art. 1428 § 1399 sembra collocare queste azioni sulla stessa linea delle mobiliari. Intanto io penso che in tutt' i casi ne' quali la legge non si è formalmente spiegata, esse debbono essere assimilate alle azioni immobiliari, perchè tendono a reclamare il possesso di un immobile e ch'esse hanno d'altronde spesse volte la più grande influenza sulla questione di proprietà.

Ne' differenti casi ne' quali è necessaria l'autorizzazione, questa debb'essere omologata? Io penso che sì. (Argom. tratto dall'art. 458 § 381 il quale esige l'omologazione per tutte le deliberazioni relative ad atti da cui può risultar alienazione degl'immobili del minore.) Or perchè mai si esige l'autorizzazione del consiglio per l'azione immobiliare? Ciò non può essere se non perchè si presume potere la cattiva direzione della domanda esporre il minore a perdere il dritto immobiliare, il quale costituisce l'oggetto dell'azione. Or lo stesso motivo dee fare esigere l'omologazione. D'altronde, notate che sulla medesima linea vien collocato l'introdurre in giudizio un'azione immobiliare, e l'acquiescenza ad una simile domanda. Or non è dubbio che per tale acquiescenza faccia d'uopo dell'omologazione, essendo essa necessaria per la transazione, anche di dritti mobiliari: dunque ecc.

Ma perchè mai il tutore debb'essere autorizzato per aderire ad una domanda immobiliare, e non esserlo poi per prevenire questa stessa domanda, liberando la cosa che n'è l'oggetto? Per esempio, il padre del minore durante la sua vita ha venduto un immobile che non ha consegnato: allorchè il compratore ha soddisfatto a tutte le condizioni della vendita, il tutore non ha bisogno di essere autorizzato per fargli la consegna dell'immobile; ma se il compratore ne ha fatto la domanda al tribunale, il tutore non potrà adempire a tale consegna senza autorizzazione.

Ciò sembra effettivamente straordinario. Intanto a mio avviso si può rispondere: o la domanda è stata fatta prima, o dopo l'apertura della tutela. Se prima, si può presumere che il dritto sia dubbio, poichè l'autore del minore credè sostenere la lite. Se dopo, la presunzione è ancora più forte, almeno in riguardo al tutore: infatti egli non può dire di avere acconsentito alla domanda, poichè la giudicò fondata; dovendosi credere che sol perchè l'ha lasciata formare, egli l'abbia riguardata in merito come dubbia; e questa incertezza basta per obbligarlo, allorchè in seguito egli vuole acconsentire alla stessa domanda, a sottoporre l'affare al consiglio di famiglia.

Il tutore può egli acquiescere senz'autorizzazione alla sentenza

torizzazione (162) rispondere ad una domanda di divi-

pronunziata su di una domanda immobiliare formata contro al suo minore? Per rispondere a tal quistione, bisogna osservare: 1. esservi due specie di acquiescenze ad una sentenza di prima istanza; l'espressa, risultante da un atto passato nel termine di appello, e per mezzo del quale si rinuncia ad impugnare la sentenza; e la tacita, risultante sia dall'esecuzione, sia dalla mancanza di appello nel termine prescritto; 2. che l'art. 444 § 508 del Codice di procedura esigendo per far decorrere il termine dell'appello, che la sentenza sia stata notificata non solo al tutore, ma anche al surrogato tutore, quand'anche quest'ultimo non fosse stato in giudizio, vien riputato di aver ad ambedue accordato il dritto di appellarne: altrimenti a che servirebbe notificare ad entrambi la sentenza? In virtù di ciò io penso sulla questione proposta, che l'acquiescenza dell'uno, sia espressa sia tacita, nulla opererebbe senza il concorso dell'altro; ma che l'acquiescenza di tutti e due debba avere per effetto di rendere il giudizio inattaccabile.

Se il tutore ha appellato può egli senza autorizzazione desistere dal suo appello? Giudicato negativamente a Douai il 17 gennajo 1820 (*Sirey*, 1821, 2. par. p. 117). Questa decisione può esser fondata sopra ciò che si è detto nel paragrafo penultimo.

Il tutore potrebbe da se solo opporsi ad un'azione immobiliare? L'art. 404 § 387 non avendo richiesta l'autorizzazione che per introdursi l'azione, non sembra dubbio in virtù della regola *inclusio unius*, che il tutore non possa opporvisi senz'autorizzazione. Ma allora perchè mai se gli vieta di acquiescervi senza essere autorizzato? giacchè mal opponendosi ei può perder la causa: il che produrrebbe l'effetto stesso dell'acquiescenza. Per più ragioni: la 1.^a si è che lasciando pronunziare la sentenza, il minore si trova sotto la salvaguardia del pubblico ministero, al quale la causa esser dee necessariamente comunicata (*Cod. di proced.*, art. 83 § 177). La 2.^a si è che un minore può provvedersi con ricorso per ritrattazione contro una sentenza in appello, qualora egli pretenda di non essere stato difeso, o di non esserlo stato validamente; in luogo ch'egli non avrebbe la medesima strada contro dell'acquiescenza sia alla domanda sia ad una sentenza suscettibile di essere impugnata.

Come mai possono essere impuguate le sentenze pronunziate contra il tutore non autorizzato nel caso in cui debb'esserlo? Io penso che sia per mezzo del ricorso per ritrattazione (*Proced.* art. 430 § 544 n. 2. e 481 § 545).

Osservate che in generale la nullità risultante della mancanza di autorizzazione, o di omologazione, è una nullità relativa, la quale non può essere invocata che dal minore, o da' suoi aventi causa. Ma questa decisione non dee aver luogo che dopo la sentenza pronunziata, o l'operazione terminata; poichè colui, per esempio, il quale litiga contro di un minore, ha certamente il dritto di domandare ch'egli adempia a tutte le formalità richieste per la validità della procedura, altrimenti che sia dichiarato non ammissibile, giacchè gl'importa di non ottenere una sentenza illusoria.

(162) Era questa anticamente una gran questione; cioè se potevasi venire con un minore, ed anche in giudizio, ad una divisione

sione. Vedremo al Titolo delle *successioni* a quali formalità debba adempirsi perchè le divisioni nelle quali i minori sono interessati possano riguardarsi come definitive.

7. Transigere in nome del minore (163); ma perchè

definitiva. L' art. 1314 † 1268 ha deciso affermativamente, e con ragione. Ma l'autorizzazione in questo caso dovrà essere omologata? Io nol credo, giacchè la divisione dovrà esserla in definitivo. (*Cod. di proced.*, art. 981 † 1057). Noi osserveremo al Tit. delle *successioni*, perchè il tutore debba essere autorizzato onde provocare la divisione.

(163) Anche su di un'azione mobiliare. Intanto egli vi potrebbe acconsentire senza autorizzazione. Ma io penso che vi sia la ragione stessa che nella penultima nota. La transazione suppone che il dritto sia dubbio: e per ciò si vuole non abbandonarsi ai lumi del tutore solo per determinare i sacrificj che dovrà fare il minore. Ma se le formalità non sono state adempiute, la transazione sarà forse nulla per questo solo motivo, o sarà obbligato il minore di provare la lesione? Io opinerei per la nullità *ipso facto*: il tutore non potrà, dice l' art. 467 † 390. D'altronde per decidere se il minore sia stato lesso, non bisognerà esaminare a fondo l'affare sul quale venne transatto, ed allora che diviene la transazione? Nondimeno si è giudicato il contrario a Mompellieri il 26 agosto 1815. (*Strep.* 1818, 2. par. p. 113) Ma un arresto della Corte di cassazione del 26 agosto 1807, (*Ivi*, tom. 7, 1. par. p. 437) ha consacrata la dottrina che noi sosteniamo.

Potrebbe egli fare un compromesso con autorizzazione? No, in virtù degli art. 83 † 177 e 1004 † 1080 del Cod. di proced. D'altronde il Codice civile gli permette solamente di transigere, ed il dritto di transigere non racchiude quello di compromettere (art. 1989 † 1861). (a)

Questa differenza vi ha fra il compromesso e la transazione, che nella transazione si conoscono esattamente i sacrificj che si è in obbligo di fare, e si può valutarne il valore in un modo preciso. Nel compromesso al contrario si dichiara rapportarsene alla decisione di talune persone; decisione la quale potrà imporre de' sacrificj di cui è impossibile apprezzar preventivamente l'estensione.

Bisogna pertanto eccettuare il caso il cui il minore si trovasse per parte del suo autore interessato in una società commerciale. L'arbitramento è allora forzato, ed il tutore non può ricusarvisi. Solamente

(a) Nè le leggi romane nè l'antica giurisprudenza permettevano ai tutori il compromesso negli affari de' loro pupilli. Il Codice civile non meno che le nuove leggi serbano il silenzio su questo punto; ma le leggi di procedura vi hanno supplito, proibendo nell' art. 1004 † 1080 di firmar compromesso sopra alcuna delle controversie soggette a comunicarsi al pubblico ministero. Or l' art. 83 † 177 . 6, mette nel numero di esse le cause dei minori, e generalmente tutte quelle nelle quali una delle parti sia sostenuta da un curatore. Compromettere è lo stesso che scegliere altri giudici in luogo di quelli assegnati dalla legge; e questa facoltà non è data ai cittadini che ne proprij affari, e soltanto a quelli che godono della pienezza de' loro dritti.

sia valida la transazione, ancorchè autorizzata, debbe esser fatta secondo il parere di tre giureconsulti indicati dal procuratore del re, e sottoposta quindi all' omologazione del tribunale. 467 390

8. Prendere danaro a prestito pel minore (164), o ipotecare i suoi beni immobili. Il consiglio di famiglia in questi due casi non dee accordare la sua autorizzazione 457 380

egli non può rinunciare alla facoltà di appellarsi dalla sentenza degli arbitri (*Cod. di commer.* 63 † 683.)

Noi diciamo, *per parte del suo autore*. Poichè, se il minore fosse egli stesso commerciante e membro di una società commerciale, sarebbe allora riputato maggiore per tutt' i fatti relativi al suo commercio, e per conseguenza alla società (*ibid.* art. 2. † 6). Egli potrebbe dunque rinunciare all' appello ecc. (*Vedete le mie Istist. commerciali lib. 1. tit. III. cap. II. sez. V.*).

Un tutore può egli deferire il giuramento senz' autorizzazione? In virtù dell' art. 464 † 387 egli no 'l può, se l' azione sia immobiliare. Ma *quid* se l' azione fosse mobiliare? Il motivo del dubbio si è che il giuramento è una specie di transazione (*l. 2. ff. de jurejurando*), e che il tutore non può transigere solo, anche su di un' azione mobiliare. Io penso intanto, conforme alla legge 17, §. 2 *eod.*), che il tutore può in questo caso deferire il giuramento, solo e senza autorizzazione. Quanto al paragone del giuramento con la transazione, si comprende che non è molto esatto. Poichè nel giuramento non vi sono scambievoli sacrificj; ma piuttosto è una specie di acquiescenza dalla parte di colui che lo deferisce. Or l' art. 464 non vieta al tutore che l' acquiescenza ad una domanda immobiliare.

(164) Se l' impronto intanto fosse riuscito di profitto a quest' ultimo, non vi ha dubbio ch' egli non sia tenuto, per effetto non già del contratto, ma in virtù di questa massima di equità: *nemo debet cum alterius damno locupletari*. Or vi ha questa differenza fra l' impronto fatto dal tutore autorizzato, e quello fatto senza autorizzazione, che nel primo caso il minore è sempre tenuto, qualunque siasi l' uso che il tutore abbia fatto del danaro, e quand' anche l' abbia invertito o applicato pei suoi affari particolari; e nel secondo allorchè non vi è stata autorizzazione, colui che ha fatto l' imprestito non può agire contra il minore, se non quando avrà provato esser l' imprestito riuscito in di lui profitto, *et quatenus locupletior factus est*. Noi ritroveremo l' applicazione di questa distinzione al Titolo delle ipoteche. (a)

(a) *Sebbene l' art. 457 † 380 metta allo stesso livello il prendere a prestito che l' alienare o ipotecare gl' immobili, pure qualche distinzione può aver luogo sul prestito senza ipoteca, qualora occorra pagamento di un debito certo ed esigibile, bastando allora consultar il consiglio di famiglia onde mostrargli non aver il tutore le somme sufficienti, e regolar le condizioni del prestito, senza il bisogno della spesa gravosa ed inutile di una omologazione. V. TULLIER, l. c. num. 1223.*

458 che per causa di evidente vantaggio o di necessità asso-
 381 luta; ed in quest'ultimo caso dopo che da un conto som-
 mario che il tutore è obbligato di presentare sarà stata
 comprovata la insufficienza de' danari e redditi del mi-
 nore; la deliberazione che autorizza va omologata dal tri-
 vi bunale.

9. Finalmente alienare gl' immobili del minore. Bi-
 sogna peraltro distinguere: l' autorizzazione del consiglio
 di famiglia non è necessaria nei seguenti casi: 1.º Se l'a-
 lienazione è provocata da un creditore del minore con
 2206 espropriazione forzata, salvo l'obbligo imposto al cre-
 2107 ditore di escutere (165) prima il mobiliare del minore.

(165) Cioè far sequestrare e vendere. Questa disposizione è fondata
 sul motivo di esser più utile al minore di conservare gl' immobili che i
 mobili, i quali possono disperdersi o distrarsi facilmente. Non si dee
 dunque permettere l'alienazione de' suoi immobili, se non quando sia
 certo che il valore de' mobili non sia sufficiente al pagamento del
 debito.

Quid, se il minore abbia de' crediti mobiliari, dovranno quest;
 essere egualmente discussi? La parola *mobiliare* contenuta nell'art.
 2206 § 2107 sembra esser generale, e comprendere i crediti come tut-
 ti gli altri effetti mobili. Intanto io penso che in questo caso i tribu-
 nali dovrebbero determinarsi in virtù del più grande utile del minore.
 La escussione alle volte non è sempre utile a colui in di cui favor,
 sembra essere stabilita; essa porta con se delle spese considerabili le
 quali sono a suo carico, e sovente ridondano a suo danno. Io pense-
 rei dunque che per poco che il credito presentasse del dubbio, sia sul-
 la sua esistenza sia sulla certezza del recupero, la escussione non do-
 vrebbe essere ordinata. (Da osservarsi una sentenza di Torino del
 14 agosto 1811, riferita da SIREY, 1813, 2. par. p. 6.). Del rima-
 nente ove il minore sia sotto tutela, è chiaro che debb' esser il tu-
 tore citato per dichiarare il mobiliare appartenente al minore.

Potrebbe farsi il sequestro prima di escutere, salvo a differire
 l'aggiudicazione fino a dopo la escussione? Io penso di sì (Argom.
 tratto da queste parole *nesso in vendita*, inserite nell'art. 2206 §
 2107). D'altronde la disposizione di quest'articolo è ricavata da un
 regolamento emanato dal parlamento di Parigi il 30 gennaio 1666,
 e riferito nell'antico DENISART, V. *discussion*, num. 13, il quale por-
 tava che *se hanno luogo i bandi su i beni de' minori, prima di pro-
 cedere all'aggiudicazione sia fatta escussione ec.* Dunque basta che
 la escussione preceda l'aggiudicazione. Così fu giudicato in Genova il
 23 luglio 1812. (SIREY, 1814, 2. par. p. 76).

La escussione debb' essa aver luogo di dritto, o bisogna che sia
 domandata dal minore? Se si adottasse quest'ultimo sentimento, ne
 risulterebbe che se la escussione non fosse stata domandata, l'aggiu-
 dicazione degl' immobili sarebbe valida; ed intanto l'articolo formal-
 mente dice, che *gl' immobili non possono esser posti in vendita*, ec.,

Questa escussione non è nemmeno richiesta se l'immobile è posseduto indivisamente tra un minore ed un maggiore, ove il debito sia fra essi comune (166), o che le istanze giudiziali siano state preventivamente proposte contro un maggiore al quale il minore ha succeduto (167): del resto per la vendita si procede (168) in questo caso se-

D'onde conchiudo che l'aggiudicazione sarebbe nulla, se la escussione non avesse avuto luogo, benchè non domandata. Ma è sufficiente che vi sia stata escussione. Se il minore pretende esser questa poco esatta o incompleta, si appartiene il dirlo a lui stesso o al tutore; e s'essi lascian far l'aggiudicazione senza opporvisi, io non credo che l'aggiudicatario possa essere disturbato. Di fatti costui può ben assicurarsi, prima dell'aggiudicazione, se siavi o no stata escussione; ma essendovene stata una, egli non ha verun mezzo per iscovrire se fu incompleta.

Nota. Fu deciso in Agen il 22 giugno 1810 che l'art. 83 § 177 del Cod. di proced. civile era applicabile alle azioni per espropriazioni dirette contra il minore, e che in conseguenza il procuratore del re doveva essere inteso nell'atto della sentenza di aggiudicazione. Si ricorse in cassazione contra questa decisione, e l'ricorso venne rigettato li 30 ottobre 1811. (SIREY, 1812, 1. par. p. 93).

(166) Poichè supponendo che il minore possa pagare la sua porzione nel debito, il maggiore non pagando la sua, il creditore avrebbe sempre il dritto o di provocare la licitazione dal lato di quest'ultimo, il che spoglierebbe egualmente il minore; o di far vendere la porzione indivisa del maggiore. In quest'ultimo caso, il compratore avendo il dritto di far vendere lo stabile intero per mezzo della licitazione, si è pensato esser lo stesso che lasciarlo vendere a richiesta del creditore. Perciò l'articolo suppone che lo stabile sia indivisamente posseduto; poichè se le porzioni si sono fatte, e se può solo dividersi comodamente, la escussione del mobiliare del minore diventa necessaria; atteso che, se questo mobiliare basta per pagare la sua porzione del debito, il creditore non potrà sequestrare che la parte del maggiore nello stabile; e siccome lo supponiamo diviso o comodamente divisibile, il compratore di questa porzione non potrà domandare la licitazione dell'intero (art. 817 § 746).

(167) Non si può esigere in questo caso che il creditore interrompa l'azione di espropriazione di cui formalità sono tutte di rigore, non meno che i termini per cominciare una escussione del mobiliare.

(168) Contro di chi? Bisogna distinguere: se il minore sia emancipato, la vendita si prosiegue contro di lui assistito dal suo curatore. In caso contrario, sarà contra il tutore e l'tutore surrogato (Argom. tratto dall'art. 459 § 382).

Farà d'uopo seguire le formalità dell'espropriazione o quelle richieste per la vendita de' beni de' minori? Senza dubbio le prime: le seconde non vengono richieste che per le vendite volontarie (a).

(a) *Perchè sia valida la vendita de' beni di un minore fatta sia*

condo le formole prescritte dal Codice di procedura (art. 673, 755 e seguenti): 2.° L'autorizzazione del consiglio di famiglia non è necessaria se la vendita è provocata da un comproprietario indiviso (169), maggiore (170). Ma
 927 bisogna allora che dai periti sia verificato non potersi gli
 746 stabili comodamente dividere; che dietro loro relazione, la licitazione (171) sia ordinata da una sentenza; ed inol-
 460 tre che si osservino per questa vendita tutte le formalità
 383 che indicheremo relativamente all'alienazione proposta dal tutore.

(169) In effetti se le porzioni sono fatte, il maggiore può vendere separatamente la sua.

(170) *Quid* se il provocante sia anche minore? Bisognerà una deliberazione del consiglio di famiglia, debitamente omologata, per autorizzare il suo tutore a provocare; ma non ve ne sarà bisogno dalla parte di colui contro del quale la licitazione è provocata.

(171) La licitazione è in generale il metter all'incanto una cosa appartenente a diversi proprietari. Nella licitazione propriamente detta i comproprietarii offrono soli all'incanto; ma ordinariamente vi si ammettono gli estranei, cioè i terzi non proprietari. Quest'ammissione è anche di rigore, tutte le volte che nel numero de' comproprietarii si ritrovano de' minori. (Art. 460 † 383 e 1687 † 1533).

dal tutore sia dallo stesso minore emancipato, bisogna:

1. *L'autorizzazione del consiglio di famiglia.* (art. 457 † 380 e 458 † 381).

2. *Una causa di assoluta necessità o di utile evidente* (457 † 380).

3. *L'indicazione degl' immobili da vendersi in preferenza data dal consiglio di famiglia con tutte le condizioni che gli sembreranno utili.* (*Ibid*).

4. *L'omologazione della deliberazione, come nel caso di prendersi danaro a prestito.* (*Ibid*).

5. *La nomina di uno o tre periti fatta dal tribunale secondo l'importanza de' beni.*

6. *Gli incanti pubblicamente aperti innanzi ad un membro del tribunale, o innanzi ad un notajo dallo stesso tribunale incaricato* (Leggi di proced. 955 † 1031).

7. *Finalmente la vendita debb' esser fatta in presenza del tutore, surrogato in seguito di tutte le formalità prescritte nelle stesse leggi di procedura.*

Così eseguite le vendite sono irrevocabili, e non possono rescindersi neanche per lesione oltre la metà (1684 † 1530).

Ma queste formalità, riflette bene il *cit. TOULLIER*, sono così moltiplicate e minute, che invece di risultarne utile pe' minori, riescono ad essi onerose, e rovinose ancora quando l'oggetto da vendersi è modico. D'altronde esse disgustano i compratori che temono di veder un giorno impugnata la vendita, sotto il pretesto dell' omissione di alcuna di queste tante formalità.

Ma se l'alienazione venga proposta dal tutore, il consiglio non dee autorizzarla se non quando vi sia vantaggio evidente, ovvero necessità assoluta, come si è detto per l'ipoteca. In tutt' i casi il consiglio indica le condizioni che giudica utili, e se la scelta dell' immobile da alienarsi non è determinata dalle circostanze (172), designa quello o quelli che debbano essere venduti a preferenza. 457 380

La sua deliberazione debb' essere del pari omologata, e la sentenza di omologazione dee contenere inoltre la Pr. nomina di uno o tre periti (173) secondo l' importanza 955 degli oggetti, onde procedere all' apprezzo dei beni di cui è proposta la vendita. 1034

Dietro questa stima, ma però sopra una indicazione di prezzo inferiore, la vendita all' incanto è pubblicamente aperta (174) innanzi ad un membro del tribunale, o ad un notaio a ciò dalla sentenza medesima destinato. Il quaderno delle condizioni della vendita è depositato in cancelleria o presso un notaio (175); ed è letto almeno sei settimane prima dell' aggiudicazione preparatoria, di cui si annunzia il giorno nell' atto di quella lettura. 958 1034 959 1035

Quest' aggiudicazione inoltre è indicata da avvisi o cartelli apposti per tre domeniche consecutive nei luoghi 960 1036

(172) Io vi ho aggiunto questa frase, perchè la disposizione che autorizza il consiglio di famiglia ad indicare lo stabile o gli stabili da vendersi in preferenza, non può applicarsi che al caso in cui vi sia necessità di vendere; come, per pagare i debiti del minore: ma se l' alienazione vien proposta per un utile evidente, per esempio, se si tratti di un cambio vantaggioso al minore, o della vendita di un fondo che gli è più di peso che di profitto, è chiaro che in questi differenti casi non vi è da deliberare sulla scelta dell' immobile, e che il consiglio di famiglia dee contentarsi di dichiarare se crede essere o no vantaggiosa l' operazione.

(173) E non di due, per evitare la parità, e la nomina di un terzo perito.

(174) Osservate, però, che nulla ostanti tali formalità e quelle che seguono, la vendita deve sempre riguardarsi come volontaria, ed in conseguenza se sopravviene una maggiore offerta, questa non deve essere del quarto, in conformità dell' art. 710 § 794 del Cod. di procedura, ma bensì del decimo in conformità dell' art. 2185 § 2084 del Cod. civile. Così giudicato a Roano il 26 febbrajo 1818. (SIREY, 1818, 2. par. p. 272).

(175) In cancelleria, quando un giudice sia il commissario; presso il notaio, quando ne sia stato incaricato un notaro.

determinati dall' art. 961 1037 del Codice di procedura (176). Questi avvisi sono vidimati e certificati senza Pr. spese dai *maires* dei comuni in cui sono stati posti, e 638 n'è inserita copia nel Giornale del luogo ove si fa l'ag- 778 giudicazione, o, in mancanza, in quello del dipartimento: 962 la quale inserzione è comprovata dal foglio che la con- 1038 tiene, rivestito della firma dello stampatore legalizzata dal 963 *maire*, e dee aver luogo otto giorni almeno prima dell' 1039 aggiudicazione preparatoria.

L'affissione de' cartelli e l'inserzione nei Giornali vanno reiterate otto giorni almeno prima dell' aggiudicazione definitiva.

Se nel giorno indicato per quest' ultima aggiudicazione, le oblazioni all' incanto non s' innalzano al prezzo della stima, il tribunale può, dietro nuovo parere del consiglio di famiglia, ordinare che l' immobile sarà aggiudicato al maggiore offerente al di sotto della stima suddetta (177); a quale oggetto l' aggiudicazione è posposta ad un termine che non può essere minore di quindici Pr. 964 giorni, ed indicata da nuovi avvisi affissi vidimati certi- 1040 ficati ed inseriti come sopra, otto giorni almeno prima dell' aggiudicazione.

459 In tutt' i casi l' aggiudicazione non può aver luogo 382 che in presenza del tutore surrogato.

Allorchè tutte queste formalità sono state compiute, non che le altre prescritte dall' art. 965 † 1041 del Codice di procedura, relative alla maniera di ricevere le offerte, alla 1314 forma dell' aggiudicazione ec., il minore riguardo a tali 1269 alienazioni è riguardato come maggiore, e non è ammis-

(176) Questi luoghi sono:

1. La porta principale di ciascun edificio di cui si esegue la vendita;

2. La porta principale de' comuni ove son situati i beni, ed in Parigi la porta principale solamente della municipalità nel di cui circondario i beni sono situati;

3. La porta esterna del tribunale che ha permessa la vendita, e quella del notaro, se innanzi ad un notaro essa dee aver luogo.

(177) Venne giudicato dalla Corte di cassazione nel 6 giugno 1821 (*Bullet.* n. 44) che questo ricorso al tribunale non era necessario, allora quando la vendita era provocata da un comproprietario maggiore, atteso che, in questo caso, a' termini dell' articolo 815 † 734 del Codice civile, né il tribunale né il consiglio di famiglia possono impedire la vendita.

sibile a farsi restituire in intero anche per causa di lesione dei sette dodicesimi (178). 1684 1530

Prima di terminare questa sezione conviene osservare:

1. Che il tutore il quale ha compromesso gl'interessi del suo pupillo con una lite evidentemente mal fondata (179) Pr. può essere condannato alle spese in suo nome proprio e privato, senza dritto di ridomandarle, ed anche ai danni ed interessi se il caso lo esige; 132 223

2. Che le domande le quali interessano i minori (180) non sono soggette a preliminare conciliazione, e che debbono essere comunicate al pubblico ministero; 83 177

3. Che oltre i mezzi di ricorso per ritrattazione comuni ad ogni sorta di persone, i minori sono dippiù ammessi a provvedersi per la stessa via (181) allorchè non sono stati difesi, o che non lo furono validamente; e che in tutti i casi il termine per produrre tale ricorso non decorre a lor riguardo che dal giorno della notificazione della sentenza fatta loro dopo la maggiore età, personalmente ovvero a domicilio. Pr. 481 545 484 548

(178) Il rispetto dovuto all'autorità della giustizia sotto gli occhi della quale la vendita si è fatta, esige questa disposizione.

(179) Quindi se un affare gli sembrasse dubbio, prima d'intraprenderlo farebbe bene a consultare il consiglio di famiglia.

(180) Io credo intanto che ciò sia suscettibile di qualche distinzione. Riguardo al minore non emancipato, non cade alcuna difficoltà. Il tutore non può transigere; il preliminare è inutile. Ma se il minore è emancipato, e che l'oggetto non ecceda i limiti della sua capacità, come, se si tratta di fitti scaduti, potendone egli disporre e per conseguenza transigere sul prezzo corrispondente (art. 2045 § 1917), io non veggio perchè sarebbe dispensato dal preliminare di conciliazione.

(181) Circa la natura e le forme del ricorso per ritrattazione sono da osservarsi gli art. 480 § 554 a 504 § 568 del Codice di procedura. (Vedete inoltre ciò che si è detto qui sopra alla nota 91 pag. 37)

SEZIONE VIII.

Del conto della tutela.

Abbiam parlato nella sez. iv. del dritto che ha il tutore surrogato, in seguito delle determinazioni prese dal consiglio di famiglia, ed alle epoche da esso stabilite, di farsi rimettere i conti sommarj o stati dell'amministrazione del tutore.

Il padre e la madre tutori non possono esser obbligati a rimettere tali stati, i quali vanno del rimanente estesi su carta non bollata, e rimessi senza spesa e senza formalità alcuna. Non se ne può esigere più di uno
470 per anno.
393

Ma siccome, prescindendo da siffatti stati, qualunque tutore, finita la tutela, è tenuto a rendere esatto o
469 regolar conto della sua amministrazione, è necessario di
362 esporre in poche parole come finisce la tutela (182).

Dalla parte del minore essa finisce:

1. Con la di lui morte naturale o civile. Il conto è dovuto ai suoi rappresentanti.

2. Con la sua maggiore età. Il conto è reso a lui stesso (183).

3. Con la emancipazione. Il conto è del pari presentato a lui, ma assistito da un curatore (184) nominato
480 dal consiglio di famiglia.
403

(182) Notate che la fine della tutela non fa cessare la responsabilità del tutore. Egli è responsabile finchè amministra, anche dopo terminata la tutela. (L. unic. Cod. *ut causae post pubert.*).

Potrebbe il tutore darsi a tempo o sotto condizione? Si potrebbe forse a norma dal dritto romano decidere l'affermativa per la tutela testamentaria, e la negativa per la tutela dativa (§. 3. *Instit. qui test. tut. dari poss. et L. 6. §. 1. ff. de tutelis*).

(183) *Quid* se vi sono più pupilli sottoposti alla medesima tutela? Ciascuno di essi ha il dritto di esigere un conto particolare all'epoca della sua maggior età, o della sua emancipazione. Poichè a riguardo di lui può dirsi che la gestione del tutore è terminata.

(184) E non già del suo curatore, come nell'art. 482 † 405. Io credo che la ragione della differenza deriva da ciò che nell'art. 480 † 403 si tratta di un curatore *ad hoc*, il quale vien accordato semplicemente al minore per assisterlo nell'esame del conto tutte le volte che il tutore conserva la curatela, e le di cui funzioni cessano subito

Finisce la tutela per parte del tutore :

1. Con la sua morte naturale o civile. La tutela infatti è incarico personale che non passa agli eredi del tutore ; ma in tal qualità sono essi tenuti a render conto della di lui amministrazione ; ed anche a continuarla (185), se sieno in età maggiore, finchè venga nominato un nuovo tutore (186).

419
341

2. Con la dimissione del tutore debitamente accettata.

che il conto è saldato ; laddove nell' art. 482 è quistione del curatore ordinario del minore , il quale è sovente l'ex-tutore. Questa spiega distingue al tempo stesso l' obbiezione che si potrebbe trarre da quest' art. 480 contro l'opinione che io in seguito svilupperò alla nota 209, cioè che il padre emancipante è curatore di dritto e non ha bisogno di essere deputato a questa funzione. Ma se il conto sia stato reso al minore assistito dal suo curatore , potrà egli , se si pretende leso , domandare di essere restituito contro il conto firmato ? Io penserei che sì , qualora questo conto non siasi reso in giudizio. Ciò mi sembra risultare dalla combinazione degli articoli 481 , 482 , e 483 § 404 , 405 , e 406. Poichè se il minore , anche coll' assistenza del suo curatore , non può fare il più leggero prestito , come si può supporre ch' egli potrebbe colla stessa assistenza stabilire all' amichevole un conto che può spogliarlo della maggior parte de' suoi averi ?

(185) E ciò , qualunque sia il di loro sesso. Il Codice non distingue affatto : essa non è propriamente parlando una tutela. Veggasi una decisione della corte di Pau del 3 marzo 1818 , riportata nel *SIASY* , 1818 , par. 2. p. 269.

Gli eredi del tutore sono essi tenuti di proseguire la causa che il tutore potrebbe avere cominciata in nome del suo minore ? Io credo ch' essi non lo potrebbero neanche quando il volessero , non avendo per ciò alcuna qualità , poichè non sono tutori. Solamente debbono notificare alle parti contrarie la morte del tutore. Altrimenti le procedure , le quali continuassero a farsi contro di lui sarebbero valide (*Proced.* art. 344 § 438) ; ed essi potrebbero , accadendo il caso , esser condannati ai danni ed interessi in favor del minore.

(186) Nomina ch' essi possono e debbono provocare a' termini dell' art. 406 § 327 , essendovi parti interessate.

Ma questo seguito di gestione porterà seco per parte loro accettazione della eredità del tutore ? Io nol credo. Esso è un atto di amministrazione provvisoria dal quale non si può dedurre accettazione alcuna qualora non siasi presa la qualità di erede ; d' altronde notate che non è lo stesso dell' obbligazione di amministrare dopo la morte del tutore come di quella di render conto della gestione anteriore alla morte ; questa è un obbligo della successione imposto all' erede come rappresentante la continuazione della persona del defunto , e di cui egli non è tenuto sopra de' suoi beni se rinuncia , o se accetta col beneficio dell' inventario. Per l' opposto l' obbligo di amministrare dopo la morte non è un obbligo della successione ; ma un obbligo personale dell' erede , di cui è tenuto indefinitamente , e sopra i proprj beni , quand' anche egli avesse accettato col beneficio dell' inventario.

3. Con la di lui destituzione.

In questi tre casi il conto è reso al nuovo tutore in presenza del tutore surrogato (187).

Qualunque sia del resto la causa che dà luogo al rendimento di conto, quelli che ne sono incaricati debbono anticipare le spese, salvo a ripeterle, se vi ha luogo (188), dal minore.

Debbono ammettersi in favore del tutore che rende conto tutte le spese utili (189) e sufficientemente giustificate (190); se il conto dà luogo a contestazione, essa è

(187) Io credo che questa presenza debba esser qui richiesta per la ragione stessa per la quale vien richiesta nel caso degli art. 451 \dagger 374, 452 \dagger 375 e 459 \dagger 382, ma non è necessario che il conto sia reso in giudizio; nè vi è bisogno di altra autorizzazione, salvo nel caso in cui qualche articolo del conto presentasse difficoltà sulle quali potrebbe esser utile di transigere.

(188) Noi diciamo *se vi ha luogo*, perchè vi hanno su questo soggetto molte distinzioni da farsi. Prima di tutto se la tutela termina *ex parte pupilli*, come, per la di lui morte, la di lui maggior'età o emancipazione, non vi ha dubbio che le spese del conto debbano esser sofferte da lui o dalla sua successione. Ma ove la tutela sia terminata *ex parte tutoris*, io penso che bisogna ancor distinguere: Se il fatto il quale dà luogo al cambiamento del tutore provenga da dolo o da errore del tutore, come, nel caso di destituzione; io credo che le spese del conto siano a suo carico; diversamente negli altri casi. Si potrebbe appoggiare questa distinzione sul testo stesso dell'art. 471 \dagger 394 il quale porta che il conto della tutela sarà reso a spese del minore, *allorchè sarà giunto alla maggior'età, o avrà ottenuto l'emancipazione*; ciò che fa sopporre poter avvenire in altri casi che le spese non siano a di lui carico.

(189) Cioè che siano state tali dal principio, ossia dal momento in cui sono state fatte, quand'anche per accidente fossero divenute inutili. *Sufficit tutori bene et diligenter negotia gessisse, etsi eventum adversum habuit, quod gestum est.* L. 3 §. 7 ff. *De contraria tut.* ccc. Per esempio, se il tutore ha fatto riparare una casa la quale è stata poi incendiata, egli non ha meno dritto a ripetere le spese della riparazione. Non sarebbe lo stesso però ove si trattasse di un nuovo affare dal tutore intrapreso di sua spontanea volontà, per conto del minore, il quale affare avendo potuto comparir utile sul principio fosse divenuto in seguito pregiudizievole. Il tutore in questo caso non potrebbe reclamar le sue spese che sino alla concorrenza del profitto risultato pel minore al momento della reddizione del conto. In generale vien interdetta al tutore ogni speculazione la quale presenti una vicenda sì di guadagno come di perdita. Osservate ciò che si dirà riguardo al gerente, Tit. *degli impegni i quali si formano senza convenzione.* Lib. 4 Tit. ultimo.

(190) L'art. non aggiunge affatto *in iscritto*, perchè non si può astringere il tutore a riscuotere delle quietanze per tutte le spese fatte.

promossa innanzi al giudice del luogo ove la tutela è stata Pr. conferita o aperta, e giudicata come ogni altra contesta- 527 zione civile. (Circa il modo in cui debba esser reso il 616 conto in giudizio, si veggano gli artic. 528, 611 e seg. 473 del Cod. di proc.) 396

Quanto al residuo, bisogna distinguere: se il tutore rimane debitore, egli dee gl'interessi dal giorno della ulti- 474 mazione del conto (191), e senza che occorra di farne la 397 domanda giudiziale (192). Egli può benanche esser costretto personalmente (193) al pagamento di questo residuo (194), Pr. senza che gli sia dato d'invocare il beneficio della ces- 126 sione (195); ed inoltre il minore ha su i di lui beni im- 905

Egli dee munirsene il più che gli sarà possibile; ma vi sono quasi sempre un'infinità di spese minute le quali non possono essere giustificate in iscritto e che debbono intanto essergli bonificate.

Osservate che ancorchè il conto siasi reso in giudizio, le quietanze de' fornitori, operai, maestri ed altre di simil natura, prodotte come documenti giustificativi del conto, sono, in virtù dell'art. 537† T del Cod. di proced., dispensate dal registro.

(191) Ma dalla stessa epoca egli non dee più gl'interessi degl'interessi. Ma perchè dicesi che il tutore debba gl'interessi dal giorno della chiusura del conto; egli è forse perchè non li dee prima, come tutore? Egli li deve certamente; ma si sarebbe potuto pretendere che le sue funzioni trovandosi totalmente terminate colla chiusura del conto, egli non sia più che un semplice debitore, pel quale gl'interessi non sono dovuti che dal giorno della domanda; e si è riflettuto che l'influenza morale che il tutore può ancora conservare, potrebbe impedire il minore dal formare una domanda contro di lui.

(192) Salva l'eccezione portata nell'art. 542 † 625 del Cod. di procedura, cioè che se il conto siasi reso in giudizio e che il minore sia contumace, il tutore può conservare presso di se il residuo senza interessi, i quali cessano da quel momento stesso di correre.

(193) L'arresto personale in questo caso non è di dritto, ma vien lasciato all'arbitrio del giudice (u).

(194) Se siasi reso il conto al minore emancipato assistito dal suo curatore, il residuo potrà essere incassato dal minore solo? Io non lo stimo, quand'anche questo residuo si componesse unicamente di rendite. In fatti esso non può più esser riguardato come una rendita, ma come un capitale; e'l minore, anche emancipato, non può ricevervi i capitali mobiliari che solo con l'assistenza del suo curatore il quale dee sorvegliarne l'impiego. L'emancipazione non accorda al minore il dritto d'incassare altro che le rendite scadute dopo l'emancipazione. Tutte quelle scadute anteriormente sono diventate de' capitali.

(195) Il beneficio della cessione è la facoltà accordata al debitore.

(a) Infatti l'art. 534 † 617 del Cod. di proced. civ. dice che sarà permesso di astringere il renditore del conto per via di arresto personale se il tribunale lo giudica conveniente.

2135 mobili generale e tacita ipoteca la quale rimonta al giorno
2027 della tutela.

Se al contrario il tutore resta creditore, gl'interessi non gli sono dovuti che dal giorno della domanda giudiziale del pagamento (196) fatta dopo l'ultimazione del conto (197).

472 L'obbligazione di render conto è talmente assoluta
295 dalla parte del tutore, che qualunque convenzione abbia
907 avuto luogo tra lui ed il minore, anche divenuto mag-
323 giore, su i fatti della tutela, è nulla, se non è stata pre-
ceduta almeno dieci giorni innanzi da un circostanziato
giustificativi; il tutto comprovato da una ricevuta dell'in-
caricato all'esame del conto (198). Dippiù il tutore, se non
è un ascendente, non può ricevere alcuna cosa per do-
nazione tra vivi o per testamento dal minore, ancorchè
fatto maggiore di età, se non è stato liquidato il conto
della tutela. Del resto qualunque azione del minore contra

disgraziato e di buora fede di farsi esimere dall'arresto personale, abbandonando ai creditori tutt' i suoi beni. Tal beneficio vien ricusato al tutore, perchè l'arresto personale essendo facoltativo, se il giudice non vede dolo nella condotta del tutore, non lo pronunzierà certamente. Nel caso contrario, il tutore è indegno di godere tal beneficio.

(196) Notate che non è necessaria una formale domanda. Basta una intimazione: non fa d'uopo dunque di alcun preliminare di conciliazione: le formalità dell'intimazione sono meno numerose e rigorose di quelle della formale domanda: quella non si perime, questa è perenta coll' interruzione delle procedure pel corso di tre anni, ecc.

(197) Ed egli non ha affatto ipoteca legale su i beni del suo pupillo.

(198) Non si ammette affatto che il tutore, il quale dee avere perfetta conoscenza degli affari della tutela, possa indurre in errore il pupillo il quale, sinchè non abbia ricevuto alcun conto finale, si reputa ignorare la sua vera situazione. Si decise in Parigi il 14 agosto 1812 (SIREY, 1812, 2. par. p. 434) che la disposizione di quest' articolo doveva essere applicata quand' anche la convenzione avesse avuto luogo nel contratto di matrimonio del minore. Giudicossi lo stesso dalla cassazione nel 14 dicembre 1818. (SIREY, 1819, 1. par. p. 252).

Quid se per mezzo del contratto di matrimonio siasi fatta al minore una donazione, col peso di non dover domandare alcun conto? Io credo che si dovrebbe sempre applicare l' art. 472 † 395, ma con questa modificazione, che il minore non potrà domandar conto se non offrendo di rinunziare alla donazione. Questa è ancora l' opinione di BOUCHER, delle *Convenzioni di succedere*, cap. 4 n. 35.

il tutore relativa ai fatti della tutela (199) si prescrive in

(199) È questa una particolar prescrizione introdotta espressamente per tal genere di azione, essendo sembrato duro il lasciare per trent'anni continui il tutore esposto alle azioni del minore o de' suoi aventi causa. D'altronde durante questo tempo gli elementi del conto debbono necessariamente sfuggire e perdersi la traccia d'infiniti fatti, la cognizione de' quali sarebbe necessaria all'intelligenza ed all'appuramento del conto. Ma si applicherebbe mai tal prescrizione ad un'azione che il minore potrebbe avere contro del suo tutore, non però in qualità di tutore; se per esempio quest'ultimo fosse debitore particolare del minore, per ragion di obbligazioni contratte verso il di lui autore? Io penso che vi sarebbe luogo a distinguere: se questo debito fosse divenuto esigibile durante la tutela, siccome allora il tutore ha dovuto portare l'ammontare della sua obbligazione a credito del minore, costui non potrà agire di nuovo pel pagamento, se non provando l'indicata operazione non aver avuto luogo; il che non potrebbe farsi se non coll'esame del conto che il minore non può più domandare. In questo caso l'azione risultante dal credito si troverebbe dunque involupata nella prescrizione introdotta dall'art. 475 § 398. Ma se l'epoca dell'esigibilità del debito del tutore fosse posteriore al termine della tutela, siccome allora il tutore non ha dovuto pagar a se stesso, la ragione allegata qui sopra cessa di essere applicabile; e'l credito rientra nel dritto comune sotto il rapporto della prescrizione.

Quid, se il tutore pretenda che il bilancio del conto sia in suo favore, il minore potrà opporgli egualmente la prescrizione di dieci anni? Se dobbiamo riportarcene alla parola dell'art. 475, è certo che non sembra doversi applicare al caso proposto. Io nulladimeno immagino che debbavi essere reciprocenza. Già vi è lo stesso motivo. Questa disposizione essendo fondata, come abbiamo già detto, sulla considerazione che l'intervallo di dieci anni sia giudicato sufficiente per fare scomparire gli elementi del conto, dee applicarsi tanto più al tutore che agisce contra il minore. D'altronde può supporri che se quest'ultimo non abbia agito contro al suo tutore, ciò sia stato per una deferenza verso di lui. La supposizione stessa non può aver luogo dalla parte del tutore (a).

Quid se il conto sia stato reso ed ultimato? Io penso che l'azione

(a) Il motivo del dubbio nasce da che l'art. 475 § 398 non sottomette alla prescrizione di dieci anni che le azioni del minore divenute maggiore contra il suo tutore; e non quelle del tutore contra il minore. Ma, come ben dice il nostro autore, bisogna riflettere che le obbligazioni del tutore e del minore sono correlative ed indivisibili, al pari delle azioni che nascon da esse. Se il minore ha contro il suo tutore l'azione diretta, *directa actio tutelae*, per domandar conto de' suoi beni, il tutore ha l'azione contraria, *actio tutelae contraria*, per domandare il rimborso di ciò che ha anticipato. Non si può dunque credere che l'ultima azione sussista dopo che l'altra è prescritta. Se l'art. 475 non parla che dell'azione diretta del minore, si è perchè questo n'è il caso il più ordinario; di rado avvenendo che il tutore sia creditore. (V. TOULLIER, num. 1279).

CAPITOLO III.

DELLA EMANCIPAZIONE.

Abbiam detto che la tutela finiva colla emancipazione del minore.

L'emancipazione è l'atto col quale il minore acquista il dritto di regolarsi da se medesimo (201), e di amministrare egli stesso i proprj beni.

per pagamento di residuo debba durare trent'anni dal giorno dell'ultimazione? e ciò tanto in riguardo del tutore, quanto del minore (arg. tratto dall' art. 2274 † 2180).

(200) Per conseguenza se le funzioni del tutore vengano a cessare durante la minor età, come, per di lui morte, destituzione o dimissione, i dieci anni non decorrono che dal dì della maggior età. Lo stesso sarebbe in caso di emancipazione, ed allorchè il conto fosse stato reso al minore assistito dal suo curatore.

Quid, se vi sia stato un trattato, ma che se ne sia domandata la nullità o la rescissione? Si è giudicato in cassazione, che se la rescissione sia domandata per una delle cause mentovate nell' art. 1304 † 1258, *puta* per dolo o violenza, li dieci anni non corrono che dal giorno della scoperta del dolo, o della cessazione della violenza, giusta il sudd. art.; come dagli arresti del 26 luglio 1819, (SIREY, 1820, 1.^a par. p. 43); e del 14 novembre 1821, (*ivi*, 1822, p. 370). Bisogna confessare che al primo aspetto questa decisione può sembrar singolare. Poichè sopponendo ammessa l'azione di rescissione, ne risulta che il trattato si reputa non avvenuto, e che per conseguenza il minore resta tal qual' era prima; vale a dire col dritto di domandare un conto. Ora ogni rendimento di conto si prescrive con dieci anni a contare dalla maggior età. Si potrebbe dire per giustificare la dottrina della cassazione, che quando non vi sia stato affatto alcun trattato, il minore che dee saperlo, sa pure ch'egli non ha se non dieci anni per ricorrere, contando dall'epoca in cui è fatto maggiore. Ma quando vi è stato un trattato che il minore dee riguardar come valido perchè ignora il dolo che si è commesso a suo riguardo, egli non ha motivo alcuno per domandare un nuovo conto. Non è che dal giorno della scoperta del dolo, ch'egli conosce il vizio del trattato, e per conseguenza è da questo giorno soltanto che li dieci anni debbono scorrere. Altrimenti ne risulterebbe che se, per esempio, il trattato avesse avuto luogo nel decimo anno della sua maggiorità, e che il dolo o la violenza fossero durati alcuni mesi soltanto, il minore si troverebbe nell'impossibilità di reclamare; il che non è ammissibile.

(201) Ma non disporre della sua persona per matrimonio, adozione, ecc.

Quid se il matrimonio contratto prima dell'età stabilita per l'e-

Vi sono due maniere di emancipazione, la legale o tacita, e l'espressa.

L'emancipazione legale è quella che ha luogo di pieno dritto col matrimonio del minore. Siccome essa è una conseguenza necessaria del matrimonio, non va sottoposta a veruna solennità. 476
399

L'emancipazione espressa risulta dalla dichiarazione fatta dalle persone cui la legge concede il dritto di conferirla; e sotto tal riguardo bisogna distinguere:

Se il minore abbia ancora padre e madre, o l'uno di essi, può essere emancipato quando avrà compiuto l'età di anni quindici con la sola dichiarazione del padre, o, in sua mancanza della madre: la detta dichiarazione è ricevuta dal giudice di pace assistito dal di lui cancelliere. 477
400

Se non ha padre nè madre (202), non può essere eman-

mancipazione viene a sciogliersi prima che siasi giunto a questa età, l'emancipazione sussiste ancora? Giudicossi l'affermativa e con ragione dalla Corte di cassazione nel 21 febbrajo 1821 (Siney, 1821, 1. par. p. 183). Per conseguenza non vi è luogo nè alla tutela, nè all'ipoteca legale.

(202) Bisogna sempre intendere queste parole quanto al caso in cui il padre è morto, o è nell'impossibilità di manifestare la sua volontà, e non in quanto a quello in cui non volesse emancipare.

Quid se la madre siasi rimaritata? Io penso intorno tal quistione, come su tutte le altre le quali possono elevarsi circa l'applicazione dell'art. 477 e 400, esser principio generale in questa materia, che il dritto di emancipare non vien dato al padre ed alla madre se non come un risultamento, una conseguenza necessaria della patria potestà, e che quindi tutte le volte in cui essi vengono privati di questo potere, debbono essere privati del dritto di emancipazione. Or la madre perde la patria potestà subito che passa a seconde nozze; dunque mi sembra che ella non può emancipare, quand'anche fosse stata mantenuta nella tutela. Ed in fatti perchè ella perde in questo caso la patria potestà? Perchè si è giudicato che la madre essendo ella stessa sottoposta alla potestà conjugale, la patria potestà si sarebbe allora esercitata dal suo marito e non da lei. Per la ragione stessa, qualora essa venga mantenuta nella tutela, è vero dire che nel fatto, come già l'abbiamo dimostrato, il marito sia il vero tutore. Il figlio dee dunque esser collocato nella linea di coloro i quali sono sottoposti ad un tutore estraneo, e per conseguenza non può essere emancipato che dal consiglio di famiglia. D'altronde notate che se la legge permette al padre ed alla madre di emancipare i loro figli all'età di quindici anni, si è perchè l'emancipazione avendo per effetto di far cessare l'usufrutto legale, si dee presumere che il padre e la madre non si determineranno ad emancipare i di loro figli prima dell'età di diciotto anni, se non quando lo giudicheranno utile ed anche necessario al bene de' medesimi. Or

cipato che al diciottesimo anno compiuto (203), e solo in

questa ragione non ha luogo riguardo alla madre rimaritata, poichè la ella perduto l'usufrutto pel solo fatto del suo secondo matrimonio.

Io non debbo intanto dissimulare che due decisioni, una di Colmar, del 17 giugno 1807 (*Giurispr. del Cod. civ. tom. XII, pag. 18*), e l'altra di Liegi del 6 maggio 1808 (*ib. pag. 97*), statuirono che la madre rimaritata, ed anche non mantenuta nella tutela, poteva emancipare; ma io non ho ritrovato ne' motivi di queste decisioni nulla che mi sembrasse sufficiente per determinarmi a cambiar di opinione su questo punto.

Quid riguardo al padre non tutore? Io penso che bisogna distinguere: S'egli sia stato escluso, o destituito dalla tutela, io non credo che possa emancipare; egli ha perduto per sua colpa la cura della persona de' suoi figli: come avrebbe mai potuto conservare il dritto di emanciparli? Altrimenti, se siasi solamente scusato. *Quid* riguardo alla madre non tutrice, ma non rimaritata? Io penso che bisogna applicarle la stessa decisione.

Quid in caso di separazione personale? Bisogna distinguere. Se i figliuoli sieno stati affidati al padre, egli potrà emanciparli da se solo, e senza il concorso della madre: se sieno stati affidati alla madre, essi non potranno esser emancipati che col consenso del padre e della madre: finalmente, se siano stati confidati ad un terzo, io penso che sarebbe d'uopo di più del consenso di costui, salvo intanto ai tribunali di pronunziare, con cognizione di causa, e secondo il *quid utilius* pel fanciullo, il rigetto dell'opposizione che fosse formata da quest'ultimo. (Da osservarsi una decisione di Parigi del 1.^o maggio 1813) (SIREY, 813, 2. par. p. 230). (a)

Quid riguardo al figlio naturale? Quand'egli sia stato legalmente riconosciuto, siccome allora il suo padre e la sua madre hanno sopra la di lui persona tutt'i dritti della patria potestà, io penso ch'essi possano emanciparlo. Così giudicato dalla Corte di Limoges il 2 gennaio 1821 (SIREY, 1821, 2. par. p. 322).

(203) Perchè questa differenza col caso precedente? Perchè qui si può temere che il tutore non faccia emancipare il suo pupillo unicamente nella mira di esonerarsi dalla tutela. Non si ha lo stesso timore per parte del padre o della madre che si presumono sempre non esser mossi che da sentimenti di benevolenza pe' loro figli, e che d'altronde non hanno interesse a provocare un'emancipazione prematura che dee privarli dell'usufrutto legale. Questo motivo conferma ciò che testè dicevamo pel caso in cui la madre è rimaritata, poichè si può supporre nel secondo marito lo stesso motivo che la legge suppone qui in ogni tutore diverso del padre o della madre, e val quanto dire il desiderio di spacciarsi di una carica onerosa (b).

(a) La massima consegnata nella decisione della corte di Parigi resa nel 1. maggio 1813 cui ci rimette l'autore è, che il padre, dopo il divorzio, può emancipare i suoi figli minori, senza il concorso della madre, come il potrebbe durante il matrimonio.

(b) Anche l'età di diciotto anni compiuti è necessaria al minore per mettersi negli affari di commercio. Le Leggi civili si son conten-

virtù di una deliberazione del consiglio di famiglia convocato ad istanza del tutore (204). 478
401

Se il tutore (205) non fa alcuna istanza a tal proposito, l'emancipazione può essere provocata da uno o più parenti o affini del minore (206) nei gradi di cugini germani, o più prossimi. Essi debbono in tal caso domandare la convocazione di un consiglio di famiglia per deliberare su tale oggetto, ed il giudice di pace debbe assistere questa domanda. 479
402

Gli effetti della emancipazione sono:

- 288 1. Di far cessare la patria potestà, sia quanto alla 372
298 persona sia quanto ai beni; 384

(204) Pel caso in cui il minore avesse de' beni nelle colonie, sono da osservarsi gli articoli 2 e 3 della dichiarazione del 15 dicembre 1721, e l'art. 10 di quella del 1.^o febbrajo 1743, citati qui sopra nella nota 79 pag. 33.

(205) Che non sia il padre o la madre. Sin ch' essi esistono, o uno de' due, non possono essere costretti ad emancipare i di loro figli, qualunque ne sia l'età: si presume ch'eglino conoscano meglio di ogni altro la capacità di costoro.

(206) Potrebbe esser richiesta dallo stesso minore? La legge non gli dà questo dritto. Quante volte nessun congiunto richieda l'emancipazione, si dee pensare che il minore non ne sia degno; ed allora si vuol evitare ai parenti ed a lui il dispiacere di un rifiuto. Ma si dirà: può accadere che un minore non abbia congiunti, o ne abbia in un grado più lontano di quello di fratello cugino. Ciò è vero; quindi io avrei desiderato che in questo caso il dritto di far la richiesta venisse attribuito al surrogato tutore.

tate di dire che niun minore può esser commerciante se non è emancipato. (Art. 487 † 410). Ma le Leggi commerciali sono andate più in là, ed hanno esatto oltre l'emancipazione ordinaria, un'altra specie di emancipazione, che consiste in un'autorizzazione speciale rivestita di formalità solenni. Esse dicono nell' art. 6, che corrispondo all' art. 2 del Codice di commercio francese:

„ Qualunque minore emancipato sì dell' uno che dell' altro sesso,
„ dell' età di diciotto anni compiuti, che verrà profittare della facoltà
„ di commerciare accordatagli dall' art. 487 † 410 del Codice civile,
„ non potrà intraprendere veruna operazione commerciale, nè essere
„ considerato maggiore riguardo alle obbligazioni da lui contratte
„ in fatto di commercio, 1. se non è stato preventivamente autoriz-
„ zato da suo padre, o in caso di morte, d' interdizione o di assen-
„ za di questo, da sua madre; o in mancanza del padre e della
„ madre, da una deliberazione del consiglio di famiglia, omologata
„ dal tribunale civile; 2. se inoltre l'atto che lo autorizza non è
„ stato registrato ed affisso al tribunale di commercio del luogo ove
„ il minore intende di stabilire il suo domicilio „.

480* 2. Di dare, al minore il dritto di esigere il conto
403 della tutela, di riscuotere i suoi redditi, di affittare i suoi
beni per un tempo non maggiore di nove anni (207), ed in
una parola, per ciò che riguarda i suoi immobili, fare tutti
gli atti di semplice amministrazione, senza che possa es-
481 sere restituito in intero contro questi atti, tranne i casi
404 nei quali potrebbe esserlo il maggiore egli stesso (208);

3. Di dargli egualmente il dritto di disporre de'suoi
482 mobili. Non può per altro ricevere capitali che assistito
405 dal suo curatore (209) il quale dee benanche invigilare

(207) Osservate qui sopra la nota 152 pag. 58.

(208) In tal modo potrà esser restituito contra questi atti per errore, dolo o violenza, ma non per semplice lesione. (art. 1305 † 1259 e 1313 † 1267).

(209) Notate la differenza ch' esiste fra il minore sotto tutela e l' minore emancipato. Il primo non comparisce per nulla ed è il tutore che agisce solo. Il minore emancipato al contrario comparisce ed agisce sempre; solamente viene assistito dal suo curatore nel caso in cui tale assistenza è richiesta. Del resto, io non penso che la presente disposizione debb' applicarsi ai capitali che il minore emancipato avesse formati egli stesso con le sue economie. Ei poteva disporne, dunque tanto più darne quietanza. Ma si appartiene allora a chi sostiene la validità del rimborso il provare l' origine del danaro.

Noi vediamo che il minore emancipato in moltissime circostanze ha bisogno dell' assistenza di un curatore. Intanto il Codice non parla della nomina di questo curatore che nell' art. 480 † 403, dove si dice: *il conto della tutela sarà reso al minore emancipato, assistito da un curatore, nominato dal consiglio di famiglia.* Dee conchiudersene che in tutt' i casi il curatore debba essere nominato in questo modo? No senza dubbio; poichè ne risulterebbe l' assurda conseguenza, che il padre, tutore legale, che avesse emancipato i suoi figli, non potrebbe giammai essere il di loro curatore. In effetti è egli che dee rendere il conto della tutela; non può dunque assistere i suoi figli nel riceverlo. Io penso perciò che il Codice non siasi occupato in generale della nomina, esclusione, destituzione ed incapacità dei curatori, poichè si è pensato che dovevansi loro applicare tutte le regole stabilite riguardo ai tutori. E di fatti, perchè il padre emancipante non conserverebbe di dritto la curatela de' suoi figli? Perchè mai la curatela legittima non avrebbe egualmente luogo riguardo alla madre, o agli ascendenti tutori? Sarebbe impossibile di dare una soddisfacente ragione della negativa: poichè le funzioni del curatore essendo meno importanti di quelle del tutore, non si scorgerebbe perchè la legge la quale conferisce di pieno dritto la tutela al padre, alla madre, o agli ascendenti, ricuserebbe loro il dritto di essere legittimi curatori. Il silenzio del Codice sul modo di nominare i curatori viene ancora in appoggio di questa opinione. Riguardo all' art. 480, dietro ciò che abbiamo detto, è facilissimo il darne la spiegazione. Se sia il padre o

per l'impiego dei medesimi (210). Può egli del pari trasferire con la sola assistenza del curatore e senz'altra autorizzazione le iscrizioni del cinque per cento del debito consolidato, di cinquanta franchi di rendita o meno. (*Legge del 24 marzo 1806, (boll. n.º 1440)* le di cui disposizioni sono state, come l'abbiam detto precedentemente, applicate alle azioni sul Banco appartenenti a' minori (*decreto del 25 settembre 1813, (boll. n.º 9737)*);

4. Di autorizzarlo a stare in giudizio: però se si tratta d'azione immobiliare, sia per istituirla sia per difendersi contro di essa, gli è d'uopo l'assistenza del suo curatore (211). 482
405

la madre che abbia emancipato, essi rimangono curatori di dritto; e siccome essi non possono assistere il minore nella revisione del conto della tutela, fa d'uopo di nominare all'emancipato un curatore, il quale altra funzione non avrà che quella di assistere il minore in siffatto conto; funzione la quale cesserà in conseguenza tosto che il conto sarà ultimato. Se il tutore fosse un ascendente, sarebbe lo stesso: se un estraneo, allora o egli fu mantenuto nella curatela, e bisognerà nominare un curatore, per la revisione del conto; o si è scelto un altro curatore, e il minore allora sarà assistito nel conto da questo curatore, il quale avrà dovuto essere ancora nominato dal consiglio di famiglia: dunque in tutt'i casi vi ha sempre luogo ad applicare l'art. 480, senza doversi perciò indurne che la curatela legittima non abbia punto luogo riguardo al padre, alla madre o agli ascendenti. D'altronde noi vediamo che l'ultimo paragrafo dell'art. 2202 † 2103 suppone formalmente che il marito sia il legittimo curatore della sua moglie minore, ed intanto ciò non si trova scritto in veruna parte del Codice. Non si può dunque argomentare dal silenzio serbato sulla curatela legittima per concludere che non esista.

Nota. La decisione di Limoges riportata di sopra nella nota 202 p. 81 sembra stabilire su questo punto una contraria dottrina. Ma siccome non ne dà essa alcuna ragione in appoggio, così non ho creduto dover cambiare d'opinione.

(210) In conseguenza, la di lui responsabilità relativamente alla sicurezza dell'impiego è la medesima che quella del tutore.

(211) Sarà sufficiente mai la sola assistenza del curatore? Io non lo credo, almeno nel caso in cui si agisca d'intentar l'azione. L'art. 484 † 407 stabilisce che generalmente parlando per tutti gli atti che non sono di pura amministrazione, il minore emancipato è paragonato al minore non emancipato. Or l'azione immobiliare spettante al minore non emancipato, non può essere intentata che dal tutore debitamente autorizzato; l'autorizzazione stessa dee dunque esser richiesta, anche nel caso in cui il minore sia emancipato.

Quid riguardo alle azioni mobiliari? Fa d'uopo distinguere: se l'oggetto dell'azione è del numero degli effetti mobili, de' quali il minore può da se solo disporre, non vi ha dubbio che egli non possa

483 Per tutti gli altri atti, come imprestiti (212), alic-
 406 nazioni d'immobili, accettazione di eredità, in una pa-
 484 rola per tutto ciò che trascorre i termini della semplice
 407 amministrazione, è sottoposto alle stesse formalità cui va
 soggetto il minore non emancipato; e se viene anche a

intentar l'azione, o difendersi da se solo; ma se sia un capitale, sic-
 com' egli non può disporne senza l'assistenza del suo curatore, io penso
 che la stessa assistenza sarà necessaria per intentar l'azione, o per
 difendersi.

Come mai dovrà il minore agire avverso le sentenze pronunziate
 contro di lui, non assistito dal suo curatore, ne' casi nei quali que-
 st' assistenza è necessaria? Io opino che debba essere per mezzo del
 ricorso per ritrattazione. (Proced. 480 † 544 n. 2). Lo stesso avrà
 luogo riguardo a tutte le sentenze, allorchè egli non sia stato difeso,
 o nol sia stato validamente. (ib. art. 481 † 545).

(212) Ma non potrà egli prendere in prestito sino alla concorrenza
 almeno delle sue rendite? Ciò sembrerebbe assai naturale a prima vista,
 poichè può disporne; pertanto si era proposta tal eccezione, ma fu ri-
 gettata, e con ragione, giacchè allora il minore potrebbe contrarre
 con diverse persone de' debiti, ciascun de' quali separatamente preso sa-
 rebbe inferiore alle sue rendite, ma che riuniti insieme le sorpassereb-
 bero considerevolmente. In questo caso, se tutt' i creditori fossero di
 buona fede, non vi sarebbe ragione di annullare un' obbligazione piut-
 tosto che l'altra, ed il minore si troverebbe con ciò di aver cominciato
 a distrarre i suoi fondi e capitali.

Nota. Io avea abbracciata l' opinione contraria nelle mie *Istitu-
 zioni commerciali*; ma ho creduto dover ritornare a questa, sembran-
 domi più sana e più conforme ai principj, ed in favor della quale
 può trarsi vantaggio da ciò che è detto nell' art. 1029 † 984 ri-
 guardo alla moglie separata, la di cui capacità è pressò a poco la
 stessa ed anzi più estesa di quella del minore emancipato, e la quale
 non può accettare un' esecuzione testamentaria, senz' essere autorizzata
 da suo marito o dal giudice, per quanto modica si fosse la successio-
 ne; giacchè la legge non fa distinzione veruna.

Forse potrebbe, del resto, ammettersi la distinzione seguente. Se il
 minore prendendo a prestito ha delegata una porzione delle rendite
 scadute, che sia sufficiente al pagamento del credito, il prestito sarà
 valido tutte le volte che la delegazione sia stata notificata, e se al mo-
 mento della notifica, si trovasse nelle mani del debitore delegato di
 che soddisfare la somma prestata. Poichè egli è vero che in questo caso
 il minore non ha disposto che delle sue rendite. In ogni altro caso,
 il prestito mi sembra dover essere annullato. (a)

Quid se il minore ha data cauzione per sicurezza de' suoi impe-
 gni? Vedete al vol. VIII. le note al Titolo della *fidejussione*, sub-
 l' art. 2013 † 1884.

(a) È poi sempre vero che il minore emancipato non possa ipo-
 otecare i suoi stabili? Vedi nelle seguenti osservazioni a questo Ti-
 tolo; dove abbiamo esaminata tal quistione.

contrattare per via di comprare, o altrimenti (213), obbli- 485
gazioni eccessive, i tribunali possono a norma delle cir- 408
costanze (214), ordinarne la riduzione; ed allora (215) 486
l'emancipazione può (216) esser rievocata seguendosi le 409
stesse forme che hanno avuto luogo per conferirla (217).
In questo caso egli rientra sotto tutela, e ci rimane sino
alla maggior età (218).

(213) Quali sono le obbligazioni diverse da quelle della compra, di cui ha inteso parlare il legislatore, poichè d'altronde l'art. 483 † 406 proibisce al minore emancipato di prendere a prestito senza autorizzazione? Bisogna intendere le obbligazioni ch'egli potrebbe contrarre con atti di pura amministrazione; *puta* s'egli ha preso in fitto locali inutili, s'egli ha promessi salarii eccessivi ai domestici, ed altri simili.

(214) Cioè prendendo in considerazione la sostanza del minore, la buona o cattiva fede delle persone le quali hanno contrattato con lui, l'utilità o l'inutilità delle spese.

(215) Cioè quando le obbligazioni saranno state ridotte. Sembra questo risultare dalla redazione dell'art. 485 † 408. Intanto a me sembra che tal circostanza non debba essere assolutamente necessaria. Poichè l'art. 484 † 407 avendo detto che i tribunali debbono prendere in considerazione fra le altre cose la buona o la mala fede delle persone le quali hanno contrattato col minore, potrà accadere che l'obbligazione non sarà ridotta per causa della buona fede de' creditori, quantunque il minore abbia d'altronde meritato di essere rimesso sotto la tutela, ed io non iscorgo perchè in questo caso non si potrebbe ritirargli il beneficio della emancipazione.

(216) L'emancipazione non è rievocata di dritto; si appartiene al padre o alla madre il deliberare su questo soggetto, oppure al consiglio di famiglia.

(217) Si è voluto da queste ultime espressioni concludere, che siffatta disposizione non poteva concernere il minore emancipato per matrimonio, atteso, dicesi, che in questo caso l'emancipazione ha luogo senz'alcuna formalità. Tanto meno io credo che questa sia stata l'intenzione del legislatore in quanto che l'eccezione fu formalmente proposta al Consiglio di stato, e non venne ammessa. Io credo dunque che bisogna intendere questo articolo nel senso che per rievocare l'emancipazione, qualunque siasi; tacita o espressa, bisogna impiegare tutte le forme che hanno ordinariamente luogo per conferirla, cioè che se il minore abbia ancor padre o madre, vi sarà d'uopo di una dichiarazione di quello fra loro due che avrebbe dritto di emancipare; altrimenti bisognerà convocare il consiglio di famiglia, ecc.

Il minore potrà ricorrere contra la deliberazione del consiglio di famiglia che ha rievocata la sua emancipazione? Io penso che sì, tanto riguardo alla forma che riguardo al merito; se per esempio il minore pretendeva di non ritrovarsi nel caso previsto dall'articolo 485 † 408, bisognerà che il tribunale verifichi il fatto.

(218) Per conseguenza egli non potrà essere emancipato di bel nuovo.

Queste disposizioni non sono applicabili al minore emancipato che esercita traffico o una professione, e che
 487 è considerato maggiore per tutti i fatti relativi al com-
 410 mercio al negozio o alla professione; ma per godere del
 1308 beneficio di questa disposizione occorre: 1. ch'egli abbia
 1262 diciotto anni compiuti (219);

2. Che sia stato autorizzato (220) a commerciare dal padre o in suo difetto (221) dalla madre; ed in mancan-

Colui il quale era tutore prima dell'emancipazione, lo diviene nuovamente di dritto, dopo che questa sia stata rievocata? È certo che questa è una nuova tutela; ma nulladimeno tal circostanza non avrà effetto alcuno riguardo al padre, alla madre, o ad altri ascendenti, essendo questi in tutt'i casi tutori di dritto. Ma se l'antico tutore fosse dativo o testamentario, come il suo ufficio è terminato coll'emancipazione, io penso che vi sarà luogo a convocare il consiglio di famiglia, il quale procederà alla nomina di un tutore, sia l'antico sia un altro.

In tutt'i casi l'ipoteca legale per causa della nuova gestione, non comincerà che dal primo giorno dell'amministrazione della nuova tutela.

Se l'emancipazione e la sua revoca abbiano avuto luogo prima dell'età di diciotto anni, i genitori ricupereranno essi l'usufrutto legale? Sembra che la legge decida l'affermativa, poichè dichiara non già semplicemente che il minore è rimesso in tutela, ma che va anche privato del beneficio dell'emancipazione: ed uno degli effetti della emancipazione è di far cessare l'usufrutto legale.

(219) Questo è relativo al caso in cui il minore avesse padre o madre. Egli può essere allora emancipato di quindici anni, ma non potrà essere autorizzato a commerciare che ne diciotto.

(220) In tal modo, quantunque in età di diciotto anni ed emancipato, egli dovrebbe essere specialmente autorizzato ad esercitare il commercio. Di fatti la capacità del minore commerciante è ben più estesa di quella del minore semplicemente emancipato. Costui non può disporre che delle proprie rendite, non può por mano ai suoi capitali mobili che coll'assistenza di un curatore il quale dee sorvegliare il nuovo impiego; nè può prendere a prestito senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, ecc. L'altro può anche da se solo ipotecare i suoi stabili. Le obbligazioni dell'emancipato prodotte da comprè possono essere ridotte; quelle del commerciante nol possono che come lo sarebbero quelle di un maggiore. Il minore commerciante può sottoporsi all'arresto personale, ed egli vi è effettivamente sottoposto per tutti i fatti del suo commercio; l'emancipato non può esservi soggetto quand'anche egli facesse degli atti di commercio ed anche lettere di cambio. (Cod. di commer. art. 114). Segue da ciò che il padre, la madre o il consiglio di famiglia hanno potuto acconsentire all'emancipazione del minore, senza doverne conchiudere, ch'abbian voluto così autorizzarlo a fare il commercio.

(221) Ciò non vuol dire se il padre non vuole autorizzarlo; poi-

za del padre e della madre, da una deliberazione del consiglio di famiglia omologata dal tribunale;

3. Che l'atto di autorizzazione sia stato registrato Com. ed affisso (222) nel tribunale di commercio del luogo ove 2
ei vuole stabilire il suo domicilio. 6

Allorchè tutte queste formalità sono state adempite, il minore, come l'abbiam detto, è riputato maggiore (223) per tutti gli atti del suo commercio (224). Egli è quindi

chè in questo caso nessuno ha il dritto di accordare l'autorizzazione; ma se il padre è morto, o nell'impossibilità di manifestare la sua volontà, per esempio se sia assente, oppure interdetto.

(222) Così tutti gli atti, anche commerciali, che facesse prima del registro o dell'affissione, sarebbero riguardati come fatti da un minore non commerciante, ed andrebbero regolati secondo le disposizioni del Codice civile.

(223) In tal modo il solo effetto della mancanza di formalità si è di non esser riputato maggiore. Nulladimeno, s'egli è emancipato, può validamente fare tutti gli atti permessi al minore emancipato.

(224) O dell'arte che professa. *Jousse* sull'art. 6. del tit. 1. della ordinanza del 1673 pensa in fatti, e con ragione, che disposizione tale si applica anche all'artegiano.

L'ordinanza diceva, *pel fatto del loro commercio*; dal che si concludeva, che quantunque l'obbligazione nascesse da fatto di commercio, pure se si trattava di un commercio estraneo a quello del minore, poteva questi in caso di lesione farsi restituire; come se, per esempio, egli avesse data sicurtà per un mercatante, anche per mercatanzie, e che fosse provato che il fatto il quale aveva dato luogo alla cauzione non avesse rapporto alcuno col commercio del minore. Il nostro articolo dice in generale per *fatti di commercio*. Dee perciò conchiudersene che si abbia voluto rigettare l'antica distinzione? Io non lo penso, e mi fondo sull'idea ch'essa è formalmente consacrata riguardo alla donna maritata dall'articolo 5 † 9, il quale dice che la moglie ch'esercita pubblica mercatura, può obbligarsi senza l'autorizzazione di suo marito per tutto ciò che riguarda il suo negozio. Non vi è ragione alcuna per credere che abbiasi voluto stabilire una disposizione diversa riguardo al minore. Tal opinione è anche quella del sig. *Locré* nella sua opera intitolata *Spirito del Codice di commercio*. Del rimanenti si veggia l'art. 1308 † 1262 che dice formalmente *a causa del suo commercio e della sua arte*.

Poichè il minore autorizzato al commercio vien riputato maggiore pe' fatti che concernono il suo commercio, dee conchiudersene che la riduzione delle sue obbligazioni non può aver luogo a norma dell'art. 484 † 407, ma che possono essere solamente rescisse o annullate per le cagioni le quali farebbero rescindere o annullare gli atti di un maggiore. Ma ciò non impedirebbe che l'articolo 484 non fosse applicabile agli atti fatti da lui, sebbene estranei al suo commercio.

Potrebbe essergli tolta l'emancipazione? Io credo di sì, e che potrebbe anche ritirarsegli per eccessi da lui commessi sia ne' proprii im-

soggetto alla giustizia dei tribunali di commercio ed al-
Com. l'arresto personale; può anche impegnare ed ipotecare i
6 suoi beni immobili (225), ma non alienarli, se non con
7 le formalità prescritte pel minore non autorizzato.

Le stesse disposizioni si applicano ai minori anche
ivi non trafficanti, per tutti gli atti dichiarati commerciali
3 dagli art. 632, 723 e 633, 723 del Codice di commer-
6 cio (226).

pegni commerciali, sia in quelli puramente civili, con la differenza però
che riguardo a questi la revoca dell'emancipazione non potrebbe aver
luogo, se non quando essi fossero stati ridotti; là dove i primi non
potrebbero ridursi effettivamente: i giudici dovranno esaminar solamente
se detti impegni, supponendoli puramente civili, fossero tali da esser
ridotti.

In tutt'i casi la revoca dell'emancipazione portando necessaria-
mente quella dell'autorizzazione a fare il commercio, dee avere la stessa
pubblicità, ed il padre, la madre o la famiglia debbono invigilare onde
il minore non prosiegua ad esercitare pubblicamente atti commerciali:
altrimenti, vista la buona fede de' terzi, questi atti potrebbero essere
confermati.

(225) E ciò senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia. Essa
non vien richiesta che per l'alienazione; ma se per la vendita di uno
de' suoi stabili si agisce con espropriazione forzata, l'attore dovrà e-
gli conformarsi all'articolo 2206 § 2107 del Codice civile, il quale
esige che il mobiliare de' minori sia escusso prima della spropriazione
de' loro stabili? Io non lo penso, se tuttavia l'attore sia creditore
del minore per motivo di commercio. L'articolo 2206 non viene ap-
plicato che al minore; e l'minore commerciante è reputato maggiore
per tutt'i fatti relativi al suo commercio.

Il signor Locatè pensa su quest'articolo che il minore commerciante
non potendo impegnarsi che per fatti del suo commercio, l'ipoteca da
lui accordata non sia valida che rimanendo a carico del creditore di
provare aver essa avuto luogo per fatti di commercio. Io non sono di
tal parere. L'art. 638 § 617 del Codice di commercio decide che in
generale ogni obbligazione di un commerciante si presume fatta pel
suo commercio, donde risulta che nel dubbio colui che pretende il
contrario dee provarlo, cioè non solamente provare che il prestito
non abbia avuto luogo per il suo commercio, ma che il mutuante aveva
conoscenza di questo fatto.

(226) Cioè, che quantunque il minore non faccia del commercio
una professione abituale, non pertanto ove siano state adempiute tutte le
formalità richieste, e che s'induca a fare un atto solo di commercio,
egli sarà tenuto come maggiore per questo atto, e sottoposto in con-
seguenza alla giurisdizione commerciale ed all'arresto personale per tut-
to ciò che vi è relativo.

CAPITOLO IV.

Della tutela dei fanciulli ammessi negli ospizj.

La legge del 15 piovoso dell'anno 13.^o (*boll. n.º 526*) avendo assoggettato i fanciulli accolti negli ospizj a regole particolari, quanto alla loro tutela ed alla loro emancipazione, abbiám creduto dover riunire in un capitolo separato tutte le disposizioni a tale oggetto relative.

La tutela di questi fanciulli appartiene di dritto (227) alla commissione amministrativa dell'ospizio in cui riseggono, ed è esercitata da quegli che la commissione medesima destina fra i suoi membri. Gli altri formano il consiglio di tutela che tiene luogo del consiglio di famiglia. (*art. 1 dec. cit.*)

In caso che il fanciullo cangi residenza a motivo di ammaestramento o altro, la commissione con un semplice atto amministrativo (228), vidimato dal prefetto o dal sotto-prefetto, può conferire la tutela alla commissione amministrativa dell'ospizio il più vicino alla nuova residenza del fanciullo (*ibid. art. 2*).

Se il fanciullo possiede fondi, sono amministrati dal ricevitore dell'ospizio sotto la guarentigia della sua cauzione, e senza che da siffatta amministrazione veruna ipoteca possa risultare su i beni del tutore amministratore (*ibid. art. 5*).

Questa tutela al pari delle altre finisce con la morte, la maggior età, o l'emancipazione del fanciullo (*ibid. art. 3*).

L'emancipazione può aver luogo, come nei casi ordinarij, sia di pieno dritto col matrimonio, sia con una dichiarazione espressa (*ibid.*) In quest'ultimo caso la commissione gode i dritti attribuiti ai padri ed alle madri dal Codice civile; e la dichiarazione di emancipazione dietro il suo parere è fatta da quello dei membri che fu destinato tutore, e che solo è tenuto a comparire per tale ef-

(227) Perciò abbiamo noi collocata questa tutela nel numero delle legittime.

(228) Cioè con una deliberazione che non debb'essere rivestita di alcuna forma giudiziaria.

fetto innanzi al giudice di pace; l'atto di emancipazione è rilasciato senz'altre spese che quelle di bollo e registro (*ibid.* art. 4).

Il ricevitore dell'ospizio adempie riguardo al fanciullo emancipato le funzioni di curatore (*ibid.* art. 5).

Sino a che il fanciullo esca dall'ospizio, le rendite che può avere son percepite per conto della casa, onde risarcirla delle spese di vitto e mantenimento (*ibid.* art. 7). I capitali da centocinquanta franchi in sopra sono impiegati nei Monti di pietà, o nella Cassa di ammortizzazione nei comuni ove quei monti non sono. La commissione, secondo che il giudica convenevole, dispone dei capitali al di sotto di centocinquanta franchi (*ibid.* art. 6).

Queste prescrizioni sono state confermate dall'art. 15 del decreto del 19 gennaio 1811 *boll.* n.º 6478.

O S S E R V A Z I O N I

SUL TITOLO DECIMO.

La giunta di un nuovo articolo, alcune modificazioni e riforme, parecchie diversità nella redazione di altri articoli del Codice francese, le disposizioni sugli espositi, e la risoluzione di alcune importanti quistioni fatta dalla giurisprudenza francese e nostra formeranno l'oggetto di queste osservazioni al Titolo presente.

§. I.

Il nuovo articolo aggiunto è il 34o così concepito:

» Quando la nomina di un tutore non sarà fatta in sua presenza gli sarà notificata a cura di un membro del consiglio di » famiglia, che sarà stato da questo designato. Tale notificazione » sarà fatta fra tre giorni dopo quello della deliberazione, oltre » di un giorno per ogni quindici miglia di distanza fra il luogo ove il consiglio di famiglia si è tenuto ed il domicilio del » mentovato tutore. »

Era necessaria siffatta spiega in questo luogo. Il romano dritto pei tutori assegnati dal magistrato, se trovavansi lontani, prescriveva che si dovesse loro notificare la nomina dal magistrato istesso, entro i trenta giorni della loro scelta, l. ult. ff. *de tut. et curat. dat. ab his.*, dopo la quale notifica era dato lo spazio di cinquanta giorni al nominato per proporre le sue scuse qualora non fosse distante dal tribunale competente più di cento miglia, nel qual caso si accordava un giorno per ogni venti miglia, cui si aggiungevano trenta giorni in modo che non ne avesse meno di cinquanta. §. 16 *Inst. de excus. tut.*, 13 §. 1, et 2 ff. *eod.*

Corrispondente a tali norme la nostra legge ha disposto, che fosse debito del consiglio che fa la nomina del tutore la cura di notificargliela; e come ciò non poteva collettivamente praticarsi, saggiamente essa ha prescritto che dal medesimo consiglio fosse a ciò deputato uno de' suoi componenti.

Questo stesso però era in parte accennato nel Codice civile all'art. 439, e nel Codice di procedura civile all'art. 882. Per cui tra noi nelle Leggi di procedura civile all'art. 959 corrispondente al suddetto art. 882 è bastato il dirsi che la notificazione di questa nomina sarà eseguita a termini dell'art. 34o delle Leggi civili.

§. II.

Indicheremo brevemente le varie modificazioni che hanno avuto luogo fra noi alle disposizioni dell'abolito Codice.

1. Era giusto che tolto si fosse dall'art. 389 del medesimo quella parte che riguarda il rendiconto del padre de' beni del figlio durante il matrimonio, poichè la nostra legge parlava di ciò nel Tit. della patria potestà. Si è dunque limitata nell'art. 312 a spiegar solamente che il padre durante il matrimonio è l'amministratore de' beni de' suoi figli minori.

2. Si è pure soppresso il seguente articolo 390 nel quale, sciolto il matrimonio, si prescrive che l'amministrazione passa ad esser tutela; poichè erasi ciò disposto nell'art. 294 sotto lo stesso Tit. della patria potestà.

3. *Consulente speciale* chiama nell'art. 391 e negli altri seguenti il Codice francese quegli destinato dal padre alla madre sopravvivenne e tutrice, e lascia il dubbio se fra i congiunti dovesse, o potesse sceglierlo fra gli estranei.

Tra noi, conosciutasi la estensione de' poteri attribuiti al consulente, e l'eguaglianza di essi con quelli della tutrice legittima per ben dirigere gli affari della tutela, si è meglio creduto chiamarlo *contutore*, tanto nell'art. 313 che in tutti gli altri nei quali si fa di esso parola. Si è pure sciolto il dubbio circa la di lui qualità di congiunto collo spiegarsi che potesse essere anche un *estraneo*.

Venne però cancellato quel che nell'articolo 391 suddetto si dice che senza il consulente *non potesse la madre fare alcun atto relativo alla tutela, e che se il padre specifichi gli atti pe' quali ha nominato il consulente, la tutrice sarà abile a fare gli altri senza tale assistenza*. Ciò faceva distinguere la cura della persona del minore dall'amministrazione de' beni, e faceva sostenere non spettare al consulente che la cura della persona. Il nostro legislatore con tal troncamento chiaramente ha manifestata l'intenzione di non affidare alla madre alcun atto sia riguardo ai beni, sia circa la persona del figlio minore, senza l'assistenza del contutore, qualora le sia stato dal marito destinato. Posto infatti che il marito ha creduto necessario per la moglie l'assistenza di un'altra persona, giovava più all'interesse del figlio che questa assistesse sempre la madre, senza che vi fosse alcuna eccezione.

4. Nel nostro art. 316 corrispondente al 394 francese si è dovuto perciò aggiungere il caso *che non le sia stato destinato un contutore*, per l'obbligo che ha la madre di adempiere i doveri della tutela che vuol rifiutare sino a che abbia

fatto nominare un tutore ; mentre il contutore così dato diventa allora un tutore nominato dal padre giusta l'articolo 397 + 319.

5. All'art. 396 dell'abolito Codice aggiunge il nostro articolo 318 l'eccezione : *quando non vi sia un contutore destinato dal padre*. Importante varietà, poichè in questo caso il consiglio di famiglia non può dare per contutore il secondo marito , nè renderlo risponsabile unitamente alla moglie dell'amministrazione posteriore all'usufrutto. Questo potrebbe pregiudicare agl'interessi del minore specialmente nel caso che il contutore destinato dal padre non fosse solvibile. Ma siccome è in libertà del consiglio di confermare o no nella tutela la madre che si rimarita , sarà della sua prudenza il tener presente ancora questo caso.

6. All'art. 397 del Codice francese si è aggiunto nel nostro art. 319. » Nondimeno nel caso che si trovi un contutore destinato dal padre ne' termini dell'art. 313 , la madre « non potrà usare di questo dritto che pe' soli beni di lei. » Era questa una necessaria conseguenza della destinazione del contutore. Nella legislazione francese cessano le funzioni del consulente cessando quelli che del di lui consiglio han bisogno. Ma il contutore rimane tale anche dopo la morte della tutrice. Ciò però non potevasi estendere ai beni della madre , e per l'amministrazione di questi soli le ha riserbata la legge la facoltà di destinare un tutore.

7. Si è tra noi soppresso interamente l'articolo 401 francese che lasciava al tutore nominato dal coniuge superstite la facoltà di non accettar la tutela se non fosse tra quelli cui avesse potuto il consiglio di famiglia addossarne il carico.

Era infatti nel roman dritto , come lo è ora nel nostro , riguardata la tutela come pubblico peso , *munus publicum* ; e saggiamente spiegò la legge 114 ff. *de verb. signif.* che *munus autem est proprie quod necessario obimus lege , more , imperiove ejus qui jubendi habet potestatem*. Rimaneva dipiù inutile la facoltà accordata di potersi nominare un tutore anche estraneo dal coniuge superstite , se fosse stato lecito al nominato di esentarsene sol perchè non congiunto.

8. E per lo stesso principio del dritto romano che nel nostro articolo 326 corrispondente all'art. 405 francese si è rimessa alla prudenza e religione del consiglio di famiglia la facoltà di nominare ancora un tutore *estraneo* : dovendo però questa nomina essere omologata dal tribunale civile. Al quale effetto s'incarica il giudice di circondario a rimettere il verbale della deliberazione al procuratore regio , senza frattanto impedirsi l'esecuzione della nomina fatta. Qual cambiamento alla legislazione francese ! e di quali conseguenze esso è ferace !

9. Tra le persone dispensate dalla tutela molti grandi impiegati annovera il Codice suddetto nell' articolo 427 dopo de' quali indica tutti i cittadini che esercitano un pubblico impiego fuori del dipartimento in cui deve conferirsi la tutela. Noi abbiain ritenuta solo quest' ultima circostanza nel nostro articolo 349, poichè alcune cariche cennate nelle nostre leggi non dispensano, ma escludono dalla tutela.

10. In effetto coll' art. 364 sono così tali cariche indicate: « Non possono esser tutori se non de' proprj figli: 1. I » consiglieri di stato, i segretarj di stato ministri, i segretarj » di stato;

» 2. I capi di corte ». Costoro tra noi sono: il maggiordomo maggiore, il cavallerizzo maggiore, il somigliere del corpo, il general comandante delle reali guardie del corpo, ed il cacciatore maggiore.

» 3. I reggenti e consiglieri del supremo consiglio di cancelleria. »

Questo corpo è stato nel 1821 abolito (a). Una parte delle

(a) Dobbiamo avvertire, che il supremo consiglio di Cancelleria, così bene istituito colla legge degli 8 dicembre 1816, venne con decreto del governo provvisorio de' 29 marzo 1821 totalmente abolito; e fu destinato un ex-consigliere della Cancelleria per la spedizione degli *exequatur* alle carte di Roma. Colla stessa data venne stabilita una commissione temporanea per dar il parere su tutti gli affari su' quali fosse interpellata tanto dalla Giunta provvisoria di governo quanto da ciascun ministero; e le fu dato l'incarico col decreto de' 18 aprile seguente di discutere i gravami avverso le decisioni della Gran Corte de' conti che prima si producevano innanzi al supremo Consiglio suddetto. Un' altra commissione pur provvisoria fu nominata col decreto de' 21 maggio seguente per essere consultata dal Re; e con quello de' 26 del detto mese furon creati due corpi sotto la denominazione di Consulte di stato, una di 30 membri per Napoli, l' altra di 18 per Palermo le di cui attribuzioni si restringevano a dare il loro parere: 1.º su tutti i progetti di legge e regolamenti generali; 2.º sugli stati discussi; 3.º sull' amministrazione ed ammortizzazione del debito pubblico; 4.º sull' alienazione, cambiamento, ed ogni altro contratto a lungo tempo concernente i beni patrimoniali o pubblici. Finalmente col decreto del 1.º agosto dell' anno stesso, soppresso lo stabilimento tipografico per la Collezione delle leggi, quest' attribuzione della Cancelleria passò alla real segreteria di stato di casa reale, destinandosi un' altra commissione di tre individui per l' amministrazione della stamperia reale. Ma nè le consulte s' installarono, nè pensato si era agli altri incarichi affidati alla Cancelleria.

Venne perciò col decreto del 1.º luglio 1822 creata una commissione incaricata di rivedere le deliberazioni della Camera del contenzioso amministrativo della Gran Corte de' conti, e discutere i richiami che dalle parti si producessero avverso le decisioni delle due camere

sue attribuzioni venne affidata ad alcune commissioni, ai membri della quale non sappiamo se fosse passato con tal qualità il dritto di esclusione dalla tutela, come per dritto l'ottennero i componenti della Consulta generale del regno.

» 4. I componenti della Suprema Corte di giustizia;

» 5. I direttori generali ». Molti se ne contano tra noi: Oltre quelli delle reali segreterie degli affari esteri, di gra-

riante della stessa. Le fu poi aggiunto coll'altro decreto de' 26 agosto seguente l'incarico di riveder pure i richiami tutti avverso le decisioni delle Camere de' conti de' quali facean parola gli art. 14, 19, e 24 della legge de' 27 maggio 1817. Questa commissione composta dal presidente, vice-presidente e due consiglieri della Corte suprema di giustizia procedere doveva con quelle ritualità osservate dall'abolito Consiglio. In ultimo luogo col decreto de' 15 luglio 1822 venne stabilita un'altra commissione incaricata di esaminare le quistioni di competenza tra i corpi giudiziari ed amministrativi de' reali domini al di qua del Faro, presieduta da un consigliere ministro di stato senza dipartimento, nominato dal Re, e composta dai due procuratori generali *pro tempore* della Corte suprema e della Gran Corte de' conti, e da due avvocati generali uno di quella, l'altro di questa corte, tutti e due nominati dal Re.

Ma bisognava una volta uscire dal *provisorio* ed ebbe ciò luogo colla legge del 14 giugno 1824 che organizzò la Consulta generale del Regno, composta di 24 consultori, 16 de' domini di qua ed 8 de' domini al di là del Faro, formante ognuna una consulta particolare per gli affari riguardanti i rispettivi domini, che poi si riunisce nell'esame di quelli d'interesse generale. Queste consulte sempre con speciale commissione del Re sono incaricate a discutere e dare il loro avviso;

1. Sui progetti di alta legislazione e sulle misure di amministrazione generale;

2. Sull'interpretazione o spiega di disposizioni, e sulla risoluzione de' dubbj nelle materie legislative;

3. Sulle quistioni di competenza tra le autorità del contenzioso giudiziario e quelle del contenzioso amministrativo;

4. Sui dubbj che potranno sorgere nel real animo nell'approvazione delle decisioni delle Gran Corti di Napoli e di Palermo, e sulla revisione che ne sarà in seguito ordinata;

5. Sulle autorizzazioni per procedimento contro funzionarii pubblici rivestiti della reale garentia a termini della legge del 19 ottobre 1818;

6. Sulle dimande di naturalizzazione, e su quelle di cambiamento di cognome;

7. Sull'impartizione del regio beneplacito per l'accettazione di donazioni eredità o legati lasciati a corporazioni ecclesiastiche o civili;

8. Sull'approvazione de' contratti de' luoghi pii ecclesiastici o laicali, o di comuni che han bisogno di reale autorizzazione sia per solennità prescritta, sia per dispensa di legge;

9. Sulle dimande per istituzione di maggioriati;

zia e giustizia delle finanze, e della casa reale, abbiamo benanche i direttori generali del registro e bollo, della cassa d'ammortizzazione, de' dazii indiretti, de' dritti riservati, del debito pubblico, delle poste e procacci, delle polveri e salnitri, della zecca, de' lotti, dell'istruzione pubblica, delle arti e manifatture, ec.

- » 6. I componenti delle gran corti civili;
- » 7. Gl' intendenti;

10. Sull'esercizio della regalia del *regio exequatur*, su ricorsi di abuso in materia ecclesiastica, sulla circoscrizione dell'intero regno relativamente all'ecclesiastica giurisdizione, e su tutti gli oggetti relativi alla tutela e vigilanza governativa e disciplinare sugli stabilimenti ed ordini religiosi;

11. Sulle quistioni di procedura tra le diverse autorità del regno;

12. Sulla circoscrizione amministrativa e giudiziaria del regno e delle sue parti;

13. Sulle quistioni di confini tra comuni che appartengono a provincie e valli diverse;

14. Sulla reale approvazione degli stati discussi provinciali, e delle contrattazioni de' consigli provinciali, come pure di quelli stati discussi comunali riservati al Re, e sull'imposizione de' dazj comunali e tariffe di essi.

15. Sull'impartizione del regio beneplacito nello stabilimento dei corpi e società religiose e civili, qualunque ne sia l'oggetto, e sull'approvazione delle regole così de' nuovi stabilimenti come di quelli esistenti;

16. Sull'approvazione de' stati discussi e delle contrattazioni degli stabilimenti di pubblica beneficenza che han bisogno della reale autorizzazione;

17. Sulla concessione del regio beneplacito per la celebrazione delle fiere e mercati, e sulla concessione delle privative e delle patenti d'invenzione o di perfezione in qualunque genere d'industria;

18. Ed in generale su tutti quegli affari appartenenti ai ministri di stato pe' quali il Re giudicasse che la sua decisione fosse preceduta e rischiarata da una più estesa e matura discussione.

In ogni sessione della Consulta generale debbono intervenire almeno quindici consultori; in quella della Consulta de' domini al di qua almeno dieci, in quella della Consulta de' domini al di là del Faro almeno cinque consultori. — Le consulte non hanno che il voto puramente consultivo; risolvono a pluralità di voti e presentano il parere nominato. Se uno opina diversamente, si nota nel registro e se ne manda copia colla risoluzione della consulta. — *Legge organica della Consulta del 14 giugno 1824.*

Con decreto della stessa data si approvò un regolamento pel servizio interno della Consulta generale, delle Consulte particolari e delle commissioni delle stesse. —

» 8. I componenti delle gran corti criminali, e de' tribunali civili ». (a).

11. L' art. 446 francese nel caso della convocazione del consiglio per la rimozione del tutore obbligava il giudice ad ordinarla, quando gli si fosse formalmente richiesta da uno o più parenti od affini del minore nel grado di cugini germani o in altro de' gradi più prossimi: l' art. 369 delle nostre Leggi civ. toglie tanta limitazione, e vuole che si convochi il consiglio quando ne sarà il giudice di pace richiesto *da qualche congiunto o affine*. A che prò infatti restringere, quando conveniva estendersi tal facoltà, come quella che obbligava il consiglio ad esaminar le cause che si proponevano della rimozione di un cattivo tutore? Le romane leggi riguardavano come pubblico questo giudizio, e non solo potevano promuoverlo coloro che pel tutore eran tenuti, ma tutti eziandio i cittadini, non escluse le femmine. *Et sciendum est quasi publicam esse hanc actionem, et omnibus patere: quin imo et mulieres admittuntur, sed eae solae quae pietatis sollicitudine ductae ad hoc procedunt.* Inst. de susp. tut. §. 3, l. 1 §. 6 e 7 ff. eod. et l. 6. Cod. eod.)

12. All' art. 460 francese si è nel nostro 383 aggiunto il caso *delle vendite giudiziarie che si fanno ad istanza de' creditori*. Vale la stessa ragione che pel condomino indiviso: questi non può esser obbligato a rimaner nella comunione giusta l' articolo 734. Ma egualmente la qualità di minore non può obbligare il creditore a tralasciare i suoi interessi, ed a far vendere parte de' di lui immobili per conseguire la soddisfazione del suo credito.

13. Dall' obbligo che ha il tutore di rimettere al tutor surrogato gli stati dell' amministrazione la legge francese nell' art. 470 eccettua il padre e la madre. Questa eccezione è levata nell' art. 393 che gli corrisponde.

14. Nel nostro art. 402 si è tolta la qualità di germano al cugino che può domandare l' emancipazione del minore apposta nell' art. 479 dell' abolito Codice.

15. Le obbligazioni contratte dal minore emancipato per comprare o altrimenti sono soggette a riduzione se sieno eccezionali, dice l' art. 484 francese. Ciò non basta per noi: biso-

(a) La dispensa accordata dall' art. 349 per coloro ch' esercitano un' impiego pubblico fuori della provincia o valle in cui deve conferirsi la tutela può applicarsi generalmente a tutti quelli ch' esercitano pel sacro culto cariche che obbligano alla residenza? Crediamo che sì: tanto più che anche in Francia si estese questa dispensa col parere del Consiglio di stato del 4 e 20 novembre 1806, riportato da SIREY, tomo 6, parte 2, pag. 508.

gna che non solo siano eccedenti ma ancor dannose, come spiega il nostro art. 407.

16. Finalmente nell' art. 488 dichiarandosi la maggiore età agli anni ventuno compiti, si mantiene la restrizione stabilita nel Titolo del matrimonio, poichè vedemmo esser per questo soggetti i figli sino agli anni 25 pe' maschi e 21 per le femmine al bisogno del paterno consenso, ed in qualunque ulteriore età all' obbligo di richiedere il di loro consiglio. Tra noi essendosi estesa la paterna autorità non solo ai casi del matrimonio, ma benanche ad alcune specie di contratti sino all' età di anni 25 senza distinzione di sesso, è convenuto aggiungersi nell' art. 411 anche la restrizione stabilita nel Titolo della patria potestà.

§. III.

Quali saranno le norme da seguirsi per la tutela e l' emancipazione de' minori accolti negli ospizii di pietà aperti nelle due Sicilie ai progetti? Le nuove Leggi civili tacciono di costoro. Ma regole particolari su questo duplice oggetto trovandosi assegnate in un decreto del 16 agosto 1810, noi ne ricapitolammo nella prima ediz. le principali disposizioni, come a servir di controposto a quelle della legge francese dell' anno 13, oggetto dell' ultimo capitolo del Titolo di cui ci occupiamo: ora si sono riassunte le medesime col decreto del 7 aprile 1828 col quale si decise:

1.º Che gli esposti e i miseri ammessi negli ospizj a qualunque titolo e sotto qualunque denominazione ovvero che siano a carico degli stabilimenti di beneficenza, qualora non abbiano tutore riconosciuto dalla legge, saranno fino alla loro maggiore età ed emancipazione sotto la tutela delle commissioni amministrative degli stabilimenti medesimi, le quali designeranno uno de' loro membri per esercitare, ove occorra, le funzioni di tutore, e gli altri formeranno il consiglio della tutela.

2. Quando il minore per una situazione che gli si offra debba sortire dallo stabilimento di beneficenza dove da principio fu ammesso, la commissione amministrativa da cui dipende lo stabilimento, può con un semplice atto amministrativo vistato dall' Intendente, o dal Sottintendente deferire la tutela alla commissione amministrativa nella cui dipendenza è compreso il luogo della residenza del minore.

3.º Le commissioni amministrative eserciteranno, relativamente alla emancipazione de' minori che sono sotto la loro tutela, gli stessi dritti attribuiti dalle Leggi civili ai padri ed alle madri.

La emancipazione si farà dietro avviso de' componenti della commissione amministrativa, da quello tra essi che trovasi designato per tutore, il quale solo sarà tenuto di comparire a tale effetto innanzi al giudice di circondario.

4. Qualunque atto relativo alla tutela, o all' emancipazione de' minori suddetti, è considerato come un atto amministrativo, ed è esente da ogni formalità, o spesa.

Quindi se mai tra quest' infelici ve ne fosse alcuno che giungesse a posseder beni particolari per qualunque inopinato evento, l' amministrazione di tali beni è affidata a quello tra' membri della commissione designato ad esercitare, ove occorra, le funzioni di tutore, di cui la più essenziale è l' amministrazione de' beni del minore da buon padre di famiglia.

Siccome l' uso di distinguere questi esseri abbandonati negli ospizj col cognome di *esposti* lasciava loro una perpetua macchia che impediva talvolta i vantaggi che avrebbero potuto ottenere dallo stato civile, con decreto de' 3 giugno 1811 si provvide che tutti i fanciulli esposti portassero il cognome di coloro che ne assumono la tutela.

§. IV.

Sulla quistione se possa il minore emancipato ipotecare i suoi immobili.

Importante è questa quistione così pel suo oggetto, come pel diverso parere sostenuto dai Giureconsulti francesi. A primo aspetto vedendosi che l' art. 457 + 380 proibisce al tutore di prender danaro a prestito pel minore ed alienare o *ipotecare* i suoi beni senza l' autorizzazione del consiglio di famiglia, mentre l' art. 484 + 407 si limita a dire, non poter il minore emancipato alienare in alcun modo i suoi beni immobili, nè fare alcun atto tranne quelli di pura amministrazione senza osservare le forme prescritte per lo minore non emancipato, facilmente da questa diversità si conclude non estendersi al minore emancipato la generale proibizione d' ipotecare scritta nel sudetto art. 457.

Antesignano di questa opinione contra quella del nostro autore, di Proudhon ed altri scrittori francesi è il decano di Rennes, su questo Tit. tom. 11 num. 1298. L' ipoteca, egli dice, non è che l' accessorio di un' obbligazione principale; essa ne segue necessariamente la sorte: la sua validità dipende dalla validità dell' obbligazione principale. *Se questa è del numero di quegli atti che il minore può far da se solo, l' ipoteca dev' esser egualmente valida; per esempio se per sicurezza delle*

pigioni o delle condizioni d' un affitto , o di una somma ch' egli si obbliga di pagare all' artefice che ha ristaurato i suoi immobili , il minore emancipato accorda l' ipoteca sopra gli stessi immobili , niun dubbio cade sulla validità d' una tale ipoteca , che che dica in contrario il signor Proudhon tom. 11 , pag. 262 ; mentr' essa non rende deteriore la condizione del minore , e non è che l' accessorio di un' obbligazione contro la quale non potrebb' essere restituito : gli artefici stessi potrebbero altresì avere un privilegio per le ristaurazioni (art. 2103 + 1972 n. 4).

Se al contrario , prosiegue lo stesso autore , l' ipoteca fosse convenuta per sùcurezza di un atto eccedente le facoltà del minore emancipato , la sorte dell' ipoteca dipenderebbe da quella dell' atto ; se questo fosse impugnato , sia dal minore , sia dai creditori che ne esercitassero i dritti , ne' termini accordati per intentare l' azione di nullità o di rescissione , l' ipoteca svanirebbe coll' atto. S' esso non venisse impugnato in tempo utile l' atto sussisterebbe e con esso l' ipoteca ch' è il suo accessorio.

Il sig. Spinael , avvocato presso la Corte reale di Bruxelles , nelle Note critiche fatte sulle dottrine del sig. Toullier , cui coll' universale dà il nome di *moderno Pothier* , sostiene che in forza del citato art. 484 , se la ipoteca eccede i limiti di un atto di mera amministrazione , non possa il minore emancipato costituirla *proprio motu*. È un vero sofisma , egli continua , il dire che essendo l' ipoteca l' accessorio di una obbligazione principale di cui segue la sorte , dessa possa sussistere solo quando l' obbligazione è validamente stipulata dal solo minore. Se il costituire l' ipoteca fosse l' accessorio dell' obbligazione principale l' argomento sarebbe buono (a) : ma l' ipoteca non esiste come accessorio , se non quando sia stipulata espressamente , quando non sia vietata , ovvero quando esista qualche condanna giudiziaria. Or nella specie proposta del minore emancipato , la questione si riduce a conoscere se gli sia vietato di costituire la ipoteca ; ed il sig. Toullier la decide con una petizione di principio. La legge non ha determinato in modo positivo in che mai consistano gli atti di mera amministrazione , che permette di fare al tutore ed al minore emancipato , *proprio motu* , senza precedente autorizzazione del consiglio di famiglia o del curatore ; ma poichè l' art. 457 vieta al tutore , il quale può fare tutti gli atti di mera amministrazione , la facoltà d' ipotecare i beni , ne segue che questa non sia nella categoria degli atti di mera amministrazione : quindi l' art. 484 che permette al mi-

(a) Eppure lo stesso signor Avvocato dice altrove censurando il num. 388 del TOULLIER „ il dritto del conduttore non è un dritto accessorio com' è il dritto d' ipoteca „

nore emancipato soltanto gli atti di mera amministrazione, gl'interdice virtualmente la costituzione dell'ipoteca.

Di più, prosegue lo stesso critico, la legge ha introdotto due gradi di emancipazione, quella degli articoli 476 + 399, 477 + 400 e 478 + 401, i cui effetti sono regolati dal Codice civile, e l'altra dell'art. 487 + 410 del minore che si addice al commercio. La emancipazione in quest'ultimo caso ha degli effetti più estesi che negli altri. Quindi il minore emancipato per addirsi al commercio, si reputa maggiore per tutti gli atti relativi al commercio; lo che importa di non potersi dar luogo per essi alla restituzione in intero (art. 1308 + 1262); e non altrimenti dovea farsi perchè potesse acquistare confidenza e credito nei suoi rapporti commerciali. L'art. 6 + 7 del Cod. di commercio gli concede una capacità speciale per poter obbligare ed ipotecare i suoi beni immobili. Questa disposizione particolare ha avuto per oggetto di attribuire ai minori emancipati commercianti una facoltà che non hanno gli altri minori emancipati secondo gli art. del Codice civile. I minori commercianti, dice il cit. art. 6, autorizzati come di sopra si è detto, possono obbligare ed ipotecare i loro immobili; e il modo come debbono i minori essere autorizzati è stabilito dall'art. 2 + 6 dello stesso Codice. La conseguenza di ciò è che i minori emancipati per tutt'altro oggetto, che per fare i commercianti, non possono nè obbligare, nè ipotecare i loro immobili; altrimenti il detto articolo conterrebbe una disposizione superflua.

Sin qui l'avvocato Spinnael, cui sarebbe facile il rispondere sulle espressioni di *sofisma* e di *petizion di principii*, ma al suo traduttore ed annotatore Napolitano (a) sembra che non siano accettabili interamente nè la opinione del Toullier, nè quella del critico, ma doversi esse limitare con distinguere l'oggetto dell'ipoteca. Il secondo comma del cit. art. 484, ci dice egli, autorizza il minore a far degli acquisti e ad obbligarsi per tali oggetti, salvo al tribunale il ridurre l'eccedente od il dannoso: or se il minore obbliga i suoi beni per pagar gli aumenti, i miglioramenti, le restaurazioni dei fondi medesimi, egli in realtà acquista, e la obbligazione perciò potrebbe dirsi valida anche perchè la conservazione degli stabili è un atto di amministrazione: se per contrario la ipoteca fosse per contrarre un debito e deteriorare la sua condizione, non si potrebbe con ragione sostenere cotesta obbligazione, che eccede i limiti degli atti di amministrazione. La ipoteca quindi nel primo caso sa-

(a) V. l'edizione di questo opuscolo fatta nello scorso anno da' torchi del nostro Tramater pag. 29.

rebbe soltanto riducibile, qualora vi sia eccesso o danno, e nel secondo diverrebbe interamente nulla ».

Ma questo è lo stesso che adottar l'opinione di Toullier il quale sottomette la validità dell'ipoteca alla validità dell'atto pel quale si contrae.

Intanto noi non sapremmo essere dell'avviso del professore di Rennes. La proibizione di alienare porta seco la proibizione d'ipotecare. Ella è questa una massima di giurisprudenza. Conveniamo negli argomenti del medesimo, ma per rapporto al minore, non rapporto ai terzi, i quali escluderebbero l'ipoteca illegalmente contratta dal minore emancipato, nel caso che precedesse la loro. Del resto attenderemo la risoluzione di tal dubbio dalle decisioni de' nostri magistrati supremi.

§. V.

Molte varianti, nella maggior parte più di esposizione che di senso, differenziano la più parte degli articoli delle Leggi civili in questo Titolo dai loro corrispondenti nel Codice abollito. Soverchio sarebbe tutte additarle, ma neppure vogliamo assolutamente trasandarla, mentre alcune dimostrano oltre al miglioramento della redazione e la diversità tra i miriametri e le miglia, la precisione e la preveggenza del legislatore. Ecco ne qui parecchie riunite come in un errata, e messe a confronto.

CODICE FRANCESE

LEGGI CIVILI

Art. 399 non può eleggere.	Art. 321 non può destinare.
402 dell' ultimo de' genitori.	323 da niuno de' genitori.
405 alla deputazione di un tutore.	326 alla nomina di un tutore.
406 sarà in facoltà di qualunque persona.	327 potrà ognuno.
407 due miriametri	328 dieci miglia
411 tre miriametri	332 quindici miglia
413 cinquanta lire	334 dieci ducati
414 giorno determinato	331 giorno
415 stati chiamati	336 convocati.
417 nelle colonie	338 fuori del regno
id. speciale de' suoi beni.	id. particolare di questi beni
421 indicato	343 prescritte
424 non sottentrerà ipso jure al tutore.	346 non può rimpiazzare il tutore.

- 427 fuori del dipartimento.
 428 del governo
 429 sia impugnata.
id. il governo avrà su di ciò emessa la sua dichiarazione col mezzo del ministro da cui dipende la missione
 432 quattro miriametri
id. o affini in istato di amministrarla
 439 dovrà fare le relative incumbenze
id. tre miriametri
 441 Venendo ad essere
 443 la destituzione
 448 il tutore escluso destituito o rimosso
 450 del suo amministrato
 453 restituiranno il valore della stima di quei mobili che non potranno rimettere in natura
 466 ne farà la consegna.
 482 rilasciarne la liberazione.
 484 vendere nè distrarre.
id. in via di comprare
 349 fuori della provincia o valle
 350 del Re
 351 sia posta in dubbio.
id. il reclamante avrà esibito un certificato del ministro da cui dipende la sua missione
 354 venti miglia
id. o affini meritevoli, ed in grado di amministrarla.
 361 le sue parti su tale oggetto dovranno aver luogo
id. quindici miglia
 363 Se ottiene di essere
 366 la rimozione
 371 il tutore escluso o rimosso
 373 del suo pupillo
 375 restituiranno il prezzo stimato di que' mobili che non potranno esibire in specie.
 389 ne farà la distribuzione.
 405 farne quietanza.
 407 alienare.
id. per effetto di comprare, ec. ec.

§. VI.

Poco' ci rimane ad aggiungere sulle quistioni risolte in questa materia dalla giurisprudenza francese e dalla nostra, con che chiuderemo le presenti Osservazioni.

1. Gli atti fatti dalla madre come tutrice di suo figlio, ma decaduta per le di lei seconde nozze, sono talmente nulli che non possono esser resi validi dalla nomina ulteriore della madre, richiamata alla tutela dal consiglio di famiglia. — Nîmes 19 pratile an. XIII. (SIREY, 6. 2. 30). Al contrario si decise dalla corte di Torino nel 25 giugno 1810, che sebene decaduta la madre rimaritata per non aver convocato il consiglio di famiglia, resta nondimeno tutrice fino all'entrata che fa nelle sue funzioni il nuovo tutore; e che gli atti da essa fatti in questo intervallo sono validi del pari che tutte le dimande dirette contro la stessa nella di lei qualità. (Ivi, 12. 2. 417).

2. Il passaggio a seconde nozze che ha fatto perdere alla madre il dritto alla tutela del figlio, non la rende incapace a riaverla dietro la nomina espressa del consiglio di famiglia — Pau, 30 luglio 1807 — (SIREY, 12. 2. 378). Non le fa perdere il dritto di essere incaricata della di lui educazione, soprattutto quando la sua condotta è irreprensibile: in questo caso vi è luogo ad una divisione di funzioni della tutela. — Poitiers, 15 febbrajo. 1811. (Ivi 11. 2. 211). Nè le toglie il dritto di emancipazione sui figli del primo letto — Colmar, 17 giugno 1807 (Ivi, 15. 2. 164).

3. L'unanimità de' voti prescritta dall'art. 833 + 960 del Cod. di proced. civ. non si applica alle deliberazioni del consiglio di famiglia che han per oggetto la nomina di un tutore — Parigi, 6 ottobre 1814 (SIREY, 15, 2, 215). Debbono però prendersi a maggioranza assoluta non a maggioranza relativa di voti, sotto pena di nullità. — Metz, 16 febbrajo 1812 — (Ivi 12. 2. 389). Veggasi pure la decisione della Corte di Bruxelles del 13 marzo 1806. Ivi, 7. 2. 866.

4. In un consiglio di famiglia, i fratelli germani possono indifferentemente esser posti nel numero de' parenti tanto paterni che materni — Cassaz. Fr. 10. agosto 1815 — (SIREY, 15. 1. 411).

5. Il giudice di pace dee necessariamente prender parte alle deliberazioni del consiglio di famiglia. — Se non fa che presedere soltanto al consiglio, la deliberazione è nulla. — Bordò, 21 luglio 1808 — (SIREY, 8. 2. 268).

6. Il contutore della tutela materna destinato dal padre al-

l'amministrazione del patrimonio pupillare, colla pubblicazione del Codice civile rimase consulente speciale, senza il cui parere la madre non può fare alcun atto relativo alla tutela. — Cassaz. di Napoli, 14 agosto 1817 (Supp. 38. 345).

7. Non vi è legge che stabilisca di dovere il tutore surrogato agire in giudizio pel minore, quando i costui interessi siano in opposizione con quelli del tutore. — Cassaz. Nap. 20 settembre 1825. (*Ivi* 58. 487).

8. Spetta esclusivamente al tutore l'educazione del minore, anche quando la di costui madre rinunziataria della tutela vi dissenta, e prenda essa l'incarico dell'educazione: non fa d'uopo del consiglio di famiglia per risolvere un tal dubbio. — Corte di app. degli Abruzzi — 13 aprile 1818. (*CATALANI*, 3. 472).

9. Debber esser considerato come illegittimo quel tutore nominato dal consiglio di famiglia affm di sostenere un giudizio, allorchè esiste la madre del minore; e gli atti compilati col tutore illegittimo dovendosi dichiarare nulli, lo stesso tutore e il tutore surrogato debbono essere nel nome proprio condannati alle spese. — La stessa Corte — 8 luglio 1818. (*Ivi* 3. 477).

10. Quegli che ha amministrato una tutela è tenuto a render conto, ancorchè l'atto che glie l'ha conferito ne l'abbia espressamente dispensato — C. di appello di Lanciano, 11 novembre 1814 — (*Catalani*, 2. 125).

11. Di due tutori testamentarii, de' quali uno abbia amministrato, e l'altro no, dovrà nel giudizio del rendimento de' conti convenirsi prima colui che amministrò i beni de' minori, e sussidiariamente colui che si astenne dall'amministrazione, ancorchè costui che abbia egli formalmente accettato la tutela. — La stessa Corte, 1 aprile 1816. — (*Ivi*, 2. 218). E questa decisione fu confermata dalla nostra Corte di Cassazione nel 4 dicembre 1816. — (*Sup.* 39. 355).

DELLA INTERDIZIONE E DEL CONSULENTE GIUDIZIARIO.

488
411
Abbiam detto che in generale il maggiore era capace di tutti gli atti della vita civile. Ma può accadere che uno stato abituale di morale infermità lo privi del giudizio necessario alla cura de' suoi beni ed anche della propria persona. È parimenti possibile che senza soffrire uno scompiglio evidente nelle sue facoltà intellettuali, alcuna persona abbia però un pendio talmente eccessivo per l'inutile dispendio che sia esposto a cadere in poco tempo con la propria famiglia nella più profonda indigenza. In questi due casi la legge dee vigilare al ben essere di colui che manca del potere o della volontà di vigilarvi egli stesso. Di qui l'interdizione ed il consulente giudiziario.

L'interdizione è la dichiarazione fatta dal giudice che una persona, a motivo del guasto o dell'indebolimento eccessivo delle sue facoltà morali, è incapace di procedere da per se ad alcun atto della vita civile.

Da questa definizione apparisce non potere aver luogo l'interdizione se non riguardo agl'individui (1) che

(1) L'art. dice, *il maggiore*. Si dee concluderne che non vi abbia mai luogo ad interdire un minore? Io non lo credo; la legge ha parlato del maggiore perchè statuisce intorno ai casi i più ordinarij, *lex statuit de eo quod plerumque fit*, e che d'altronde riguardo a colui principalmente poteva esservi difficoltà. In effetti osservate che l'art. 489 § 412 segue immediatamente quello nel quale è scritto che il maggiore è capace di tutti gli atti della vita civile; e siccome l'interdizione è appunto una eccezione a siffatto principio, il legislatore non ha applicata tale eccezione che alle persone le quali erano l'oggetto di quel principio, vale a dire ai maggiori. È dunque come se vi leggesimo, *anche il maggiore*, e tanto maggiormente il minore. In fatti egli è certo in primo luogo che il minore emancipato ha una capacità che non debbe avere quegli ch'è nel caso dell'interdizione. Si potrà, si dice, revocare l'emancipazione. Ma, in sulle prime, ciò non può aver luogo che nei casi previsti dagli articoli 484 § 407 e 485 § 408 ove non è affatto parola delle cause che danno luogo alla interdizione. D'altronde passano cziandio essenziali differenze tra il minore, anche non emancipato, e l'interdetto. Il primo non può farsi restituire che provando la lesione: gli atti del secondo sono nulli di dritto, vale a dire soltanto perchè egli è interdetto. Quegli, giunto all'età di sedici anni, può disporre per testamento della metà di ciò di cui avrebbe la disposizione se fosse maggiore: questi non può testare in nessuna maniera. Final-

sono in uno stato abituale d'imbecillità, demenza o fu- 489
rore (2). 412

mente se bisognasse attendere la maggior età per provocare l'interdizione, come vi sarebbe sempre un intervallo indispensabile di tempo tra la maggior età e la sentenza, l'individuo avrebbe tutto l'agio di nuocersi nella persona e nei beni. Quindi io penso, che avvenendo il caso può provocarsi l'interdizione del minore ancorchè non emancipato (a).

Verrà opposta forse a questa risoluzione la legge terza §. 1. ff. *de tutela*, la quale decide che, se un minore di quindici anni è furioso, fa d'uopo assegnargli il curatore, *non ut furioso, sed ut adolescenti*. Ma il giureconsulto ne dà nella legge istessa il motivo, *quia*, egli dice, *in pupillorum persona, agnatos curatores non admittimus*. Dietro la legge delle dodici tavole vi era luogo pei furiosi alla curatela legittima degli agnati, la quale di mal occhio era considerata, e perchè rimetteva al caso la scelta del curatore, e perchè l'agnato il più prossimo essendo ad un tempo curatore ed erede legittimo del furioso in difetto di discendenti o di eredi testamentarj, sembrava pericoloso confidar la cura di una persona a colui che poteva aver interesse o ad accelerarne la morte, o almeno ad impedirne la guarigione, la quale lo avrebbe messo nel caso di disporre de' suoi beni. Non era dunque conservata questa specie di curatela se non perchè non si osava abolire una istituzione consacrata dalla legge delle dodici tavole. Ma altresì tutte le volte che si potea trovare un mezzo di schivarla, veniva abbracciato con premura. Ora siccome nelle dodici tavole non era quistione di curatori pei minori, non si dava luogo per essi a legittima curatela; questa era sempre dativa. In conseguenza nel caso proposto, siccome il furioso era nel tempo stesso minore, nel di lui interesse appunto il giureconsulto decide, esser meglio nominargli un curatore come a minore, che di assoggettarlo alla curatela legittima degli agnati. È chiaro dunque che siffatta decisione non è di alcun peso nel nostro diritto ove la tutela dell'interdetto, tranne un sol caso, è sempre dativa.

(2) L'imbecillità è un indebolimento di tutte le facoltà morali; la demenza un guasto di queste medesime facoltà; la demenza spinta all'eccesso è furore. Presentemente non s'interdice più alcuno per causa di prodigalità, ma se gli assegna un consulente giudiziario. Presso i Romani, al contrario, fra i quali l'interdizione era una pena, non s'interdiceva che il prodigo e si nominava soltanto un curatore al-

(a) L'interdizione va pronunziata in caso di necessità: dunque, dice TOULIER a questo Tit. num. 1314, non dee provocarsi contro un minore, perchè la tutela cui è sottoposto produce gli stessi effetti dell'interdizione. Ma questo principio è soggetto ad eccezioni, ed egli stesso aggiunge che sarebbe in certi casi utile ed anche necessario provocar l'interdizione d'un minore non emancipato, nell'ultimo anno della sua minor età, per isventare gli artifizj di quelli i quali non aspettano che questo momento per far loro ratificare degli atti fatti nell'età minore. V. le osservazioni della Corte di cassazione in LOCRÉ tom. VI. pag. 435.

Diciamo *abituale*: 1.º perchè un solo atto di demenza o di furore non basterebbe a dar luogo alla interdizione;

E 2.º perchè non è necessario che lo stato di furore *ivi* o di demenza (3) sia perpetuo; l'interdizione potendo essere pronunziata quand' anche l'individuo avesse lucidi intervalli.

La prodigalità non è più messa attualmente nel numero delle cause d'interdizione. Nondimeno, quando ecceda, può, come l'abbiam detto, richiedere particolar provvedimento, il quale consiste nella nomina (4) che fa il tribunale di un consulente, senza l'assistenza del quale (5) il prodigo non può stare in giudizio (6), transigere, prendere danari a prestito, ricevere capitali, alienare, nè ipotecare i suoi beni (7).

l'imbecille, al demente, al furioso. Questi due ultimi anzi godevano in tutta l'estensione i loro diritti durante i lucidi intervalli; e l'ufficio del curatore rimaneva allora sospeso. (Leg. 6. Cod. *de curat. furios. vel prod.*). Ma si comprende quanti inconvenienti e litigj dovea trarre seco una simile disposizione.

(3) Noi qui non parliamo che del caso di demenza o furore, poichè d'ordinario l'imbecillità è perpetua (a).

(4) Fatta dal tribunale e non dal consiglio di famiglia.

(5) Il consulente dee prestare la sua assistenza, cioè esser presente all'atto, non basterebbe ch'ei desse un consenso separato. Ma potrebbe egli approvare un atto già fatto? Io credo di no. (Arg. tratto dalla legge 9, §. 5 ff. *de auct. et cons. tutor.*) Ed in fatti in tal modo egli toglierebbe al prodigo il dritto che aveva di domandare la nullità dell'atto. *Ex non obligato facere obligatum.*

(6) In generale, nè domandando, nè rispondendo.

(7) Avendo la legge accuratamente numerato gli atti pei quali l'assistenza del consulente è necessaria, ne seguè che il prodigo può far da se tutti gli atti non compresi in questa enumerazione. Ei può dunque maritarsi, far testamento. Pertanto intorno a ciò che riguarda gli effetti del matrimonio, potrebbe incontrarsi qualche difficoltà a motivo della tacita ipoteca che ha luogo in favor della moglie su i beni del marito. (Art. 2135 † 2021) Forse potrebbe sostenersi che il matrimonio è valido, ma che la moglie non ha ipoteca: *debet*

(a) La legge esige che questo stato sia abituale per dar luogo all'interdizione, ma non è necessario che sia continuo. Vi sono de' pazzi e furiosi che hanno lucidi intervalli ne quali sembrano godere di tutto l'uso della ragione; ma questi lucidi intervalli non essendo il di loro stato abituale, non vanno esenti dall'interdizione (V. *Voxit. 10 lib. 2; ff. n.º 4. MALERVILLI sull'art. 489, e l' nuovo Répertoire v. Interdiction p. 380*).

Lo stabilimento di questo consulente, chiamato in dritto *consulente giudiziario*, essendo quanto al modo della sua provocazione (8), istruzione o rinvocazione soggetto alle stesse regole e formalità della interdizione, basta far conoscere quelle che sono relative a quest'ultima. 514
437

L'interdizione può essere provocata sia dall'altro coniuge (9), se l'individuo è maritato, sia da un parente

sibi imputare quod tali nupserit. Ma almeno è certo che il prodigo non potrebbe neanche per contratto di matrimonio, fare alcuna donazione.

Osservate, del rimanente, le altre essenziali differenze che passano tra il consulente giudiziario ed il tutore dell'interdetto. L'assistenza di quello basta per rendere il prodigo capace di ogni atto qualunque: questi non potrebbe alienare nè ipotecare gl'immobili dell'interdetto, nè prendere ad prestito senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia debitamente omologata. L'interdetto non comparisce in verun atto, essendo sempre rappresentato dal suo tutore; è d'uopo che quegli cui fu destinato un consulente agisca e comparisca sempre egli stesso, dovendo solo essere assistito dal suo consulente, ecc.

Gli articoli 477 † 400, e 513 † 436 proibiscono a quei a quali fu dato un consulente giudiziario, di alienare ed ipotecare i loro beni. Riguardo all'ipoteca, non vi è dubbio che tal proibizione non si applichi che agli immobili, poichè non si possono ipotecare che gl'immobili, siano reali, siano fittizii. Ma sarà lo stesso per l'alienazione? Io lo penserei di buon grado, ma nel senso che l'individuo non abbia forse il dritto di alienare i suoi mobili, ma che pertanto le alienazioni fatte non possono esser rinvocate. Argomento tratto dall'articolo 2279 † 2185.

Potrebbe egli obbligarsi per mezzo di acquisti? Io nol credo, almeno in tanto che l'obbligazione potesse dare al creditore il dritto di agire per l'espropriazione degl'immobili. Ciò sarebbe dare indistintamente al prodigo il dritto di alienarli. Io penso egualmente che in tutti i casi, gli si dovrebbe applicare la disposizione dell'articolo 484 † 407. La capacità di quegli al quale si è dato un consulente, non è al certo più estesa di quella del minore emancipato.

(8) La nomina di un consulente al prodigo potrebbe dunque essere provocata dal pubblico ministero. Il Tribunale avea proposta l'eccezione: essa non ebbe luogo. Forse si volle lasciare questo dritto al procuratore del re nel caso, per esempio, in cui il prodigo avesse figli minori e non congiunti nè prossimi parenti.

(9) La moglie debb'essere autorizzata dal giudice a provocare l'interdizione del suo marito? Un arresto di regolamento del 17 aprile 1734 riportato da DENISART alla parola *interdiction* num. 53., così l'ordinava. Ed in effetti il principio generale è che la moglie non può stare in giudizio senza l'autorizzazione del marito. Vi era una eccezione, ma pel caso di divorzio solamente, giacchè anche la moglie che domanda la separazione personale debb'essere autorizzata. (Proced. art. 878 † 956). Non vi è dunque ragione di assolverla da questa formalità allorchè provoca l'interdizione di suo marito.

490 qualunque (10), sia dal regio procuratore quando non
413 esistano coniuge nè parenti conosciuti (11): questo ma-
491 gistrato dee (12) anzi provarla nel caso di furore, se
414 il coniuge o i parenti si rimangono inoperosi.

La domanda s'introduce (13) con una petizione pre-
492 sentata al presidente del tribunale di prima istanza del
415 domicilio della persona che si vuol fare interdire; la quale

(10) Potrebbe esserla da un affine? Io sarei volentieri dalla parte affermativa, purchè tuttavia l'affinità sussistesse ancora, vale a dire vivesse ancora il conjuge il quale produceva l'affinità, o almeno i figli del matrimonio. (Argomento tratto dall'art. 206 † T.) In generale in questo caso gli affini son presso che sempre assimilati ai parenti.

Quid se i parenti, soprattutto i più prossimi, sono minori? Si è giudicato in Bruxelles che l'interdizione poteva essere provocata dal tutore, anche non parente. (SIREY, 1813, 2. part. p. 319.) Questa decisione è fondata sulla massima che il tutore rappresenta i suoi pupilli in tutti gli atti civili. Quanto a me, non l'adotterei che pel caso in cui i minori fossero eredi presuntivi di quegli di cui si vuol provocare l'interdizione. In qualunque altro caso tal provocazione non essendo fondata che sopra un sentimento di affezione, crederci volentieri che non debba essere accordata al tutore non parente il quale non rappresenta i suoi pupilli che sotto i rapporti civili, e non già sotto i naturali.

(11) O che quelli che esistono sono nella impossibilità di provocare l'interdizione, come, se sono minori, interdetti, assenti, domiciliati nelle colonie, ecc.

(12) Nel primo caso ci può solamente richiedere l'interdizione, ed anche se non v'è nè conjuge nè parenti: nel secondo dee farlo quando vi fossero parenti e conjuge, se costoro non provocano, il buon ordine essendovi allora interessato. Il demente o l'imbecille non può nuocere che a se stesso o ai suoi parenti dissipando i proprj beni: il furioso può nuocere ad altrui con i suoi eccessi. Ma perchè il legislatore non si è contentato di autorizzare il magistrato a far rinchiudere il furioso? Per rispetto alla libertà individuale. Non si è voluto che il magistrato potesse ordinare la reclusione di una persona, lo stato di furore della quale non fosse prima giuridicamente avverato.

(13) È chiaro che non può esservi luogo al preliminar della conciliazione.

Se la persona di cui è provocata l'interdizione sia una donna maritata, debb'ella essere autorizzata? Giudicossi l'affermativa dalla Corte di cassazione nel 9 gennajo 1822 (*Bullet. n. 4.*) Vedete la nota 9 qui sopra p. 110. Pertanto non evvi la stessa ragione. Quando la moglie provoca, è in sua libertà di provocare e non provocare: essa dunque ha bisogno di essere autorizzata; ma quando l'interdizione viene contro lei domandata, essa non può non difendersi; ciò però debb'essere inteso nel senso che il marito debba esser sempre citato unitamente a lei.

416 petizione contiene i fatti d'imbecillità demenza o furore, 493
non che i nomi dei testimoni che si vuole produrre. A Pr.
967 questa domanda vanno uniti i documenti se ve ne sieno. 809

Il presidente ne ordina la comunicazione al ministero ivi
968 pubblico, e commette ad un giudice di farne relazione 891
un giorno indicato.

969 Nel detto giorno dietro il rapporto del giudice e le 891
conclusioni del regio procuratore, il tribunale ordina (14)
la convocazione di un consiglio di famiglia, formato come
è stato detto al Titolo *della minor età* (15), e di cui
non possono far parte coloro che han provocata l'inter-
dizione. Se essa peraltro è promossa dal marito, la mo- 495
glie o i figli possono assistere al consiglio, ma senza aver- 418
vi voce deliberativa (16).

Il consiglio dà il suo parere sullo stato della perso- 494
na. Questo parere non che la domanda sono notificati al 417
convenuto, il quale è quindi interrogato dal tribunale (17)

(14) Se vi ha luogo. In fatti se le cose allegate nella istanza, sup-
ponendole provate, non fossero bastanti di far pronunciare l'interdi-
zione o a far nominare all'individuo un consulente giudiziario, il tribunale
potrebbe dispensarsi di far convocare un consiglio di famiglia, e ri-
ggettar la domanda *de plano*. *Frustra probatur quod probatum non*
releval.

(15) Peraltro è stato giudicato in Parigi il 15 maggio 1813 che
questo consiglio poteva esser validamente convocato innanzi al presi-
dente del tribunale di prima istanza. (SIREY, 1814, 2. part. p. 23).
Forse tal decisione ha l'inconveniente che questo tribunale essendo
giudice delle operazioni del consiglio, non conviene che il suo presi-
dente ne faccia parte in siffatta qualità.

(16) Dunque se non hanno provocata l'interdizione possono assi-
stere con voce deliberativa. (a)

(17) Il quale interrogatorio potrà rinnovarsi se il tribunale lo giu-
dica conveniente. (Argom. tratto da queste parole dell'art. 497 §
410: *dopo il primo interrogatorio*).

Quid, se l'avviso del consiglio di famiglia è favorevole al con-
venuto? La legge non distingue; il tribunale dee sempre interrogare;
può benissimo accadere che i membri del consiglio siano stati mossi
da motivi personali. Così venne giudicato dalla Corte di Orleans nel
26 febbrajo 1819 (SIREY, 1819, par. 2. p. 167).

(a) Si oppone a ciò il TOULLIER, l. c. num. 1322. Il marito,
la moglie, i figli, quand' anche non abbiano provocata l'interdizione
non vi hanno voce deliberativa; essi possono assistere al consiglio di
famiglia, ma non ne fanno parte. Sarebbe stato poco convenevole e
poco morale il metterli nella crudele obbligazione di pronunciare
sullo stato d'un padre o d'un conjuge infelice ed avvilito, ch'essi
debbono costantemente circondare di cura, di rispetto, di tenerezza.

893 nella camera del consiglio, se può esservi trasportato;
 970 altrimenti l'interrogatorio ha luogo nella sua casa per
 496 mezzo di un giudice a ciò deputato, assistito dal cancelliere,
 419 ed in tutti i casi in presenza del procuratore del re.

Se dall'interrogatorio risulta l'urgenza di provvedere alla cura della persona e dei beni del convenuto, il tribunale in attenzione del giudizio definitivo può deputare
 497 un amministratore provvisorio (18).

Se il tribunale giudica che i fatti sono pertinenti, ma non abbastanza provati dall'interrogatorio e dai documenti, ordina una informazione che si fa nella forma
 Pr. ordinaria, salvo che, ove le circostanze lo esigano, può
 893 aver luogo fuori la presenza del convenuto (19) che può
 970 allora essere rappresentato da un consulente.

Allorchè il tribunale si crede abbastanza istruito, pronuncia definitivamente sulla domanda in pubblica udienza, sentite o debitamente citate le parti (20), e sulle conclusioni del pubblico ministero. Quest'ultima formalità del rimanente è di rigore per tutte le sentenze rese in fatto
 498 d'interdizione o di nomina di consulente, tanto in prima
 421 istanza che in appello.

Se il tribunale riconosce che il convenuto senza essere nei casi determinati per la interdizione, è nondimeno, in ragione della debolezza della sua mente, fuori dello stato di amministrar solo i proprj affari, può nel rigettar la domanda (21) contentarsi di deputargli un consulente,

(18) Che non potrà per conseguenza fare che gli atti di amministrazione provvisorio, e non quelli di alienazione, nemmeno delle cose soggette a deperimento, purchè, in quest'ultimo caso, non vi si faccia autorizzare dal giudice. (Argomento tratto dall'art. 796 § 713). In questo senso fu pure giudicato in Bruxelles il 30 agosto 1806 (SIEY, 1813, 2. part., p. 319).

(19) Per esempio, nel caso di furore.

(20) Quindi bisogna citare quello di cui l'interdizione è provocata; ei potrà costituire un patrocinatore, ecc.

(21) I parenti potrebbero contentarsi di chiedere la nomina di un consulente? Sembra che essi debban sempre domandare l'interdizione, salvo al tribunale il nominare soltanto un consulente giudiziale se lo crede convenevole. Ma allora i provocanti debbono essere condannati alle spese, ai termini dell'art. 130 § 222 del Cod. di procedura? Io non lo penso. Non si può dire che qui i provocanti succumbano, poichè è giudicato che lo stato del convenuto esigeva il prendersi a suo riguardo particolari espedienti, e che la legge non dava loro altro

senza l'assistenza del quale egli non avrà facoltà di fare alcuno degli atti di cui abbiamo di sopra parlato relativamente al prodigo. 499
422

La sentenza qualunque sia (22) può impugnarsi con l'appello, il quale può essere interposto dal convenuto, ed allora è diretto contro il provocante; come altresì

mezzo all'infuori di quello di provocare l'interdizione. D'altronde l'art. 894 + 971 del Codice di procedura dice, che in caso di nomina di un consulente l'appello dal giudicato di prima istanza è diretto contro il provocante. Dunque bisogna dire che il provocante abbia guadagnato la causa, e sarebbe quindi una contraddizione condannarlo alle spese.

Anticamente era permesso alla persona che sentiva indebolirsi le proprie facoltà intellettuali il domandare essa stessa la nomina di un consulente. Nel progetto del Codice era stato ciò conservato, e vi si trovava un capitolo intitolato, *del consulente volontario*; ma nella redazione definitiva quel capitolo venne soppresso.

Nota. Si è giudicato in Lione il 14 gennaio 1812, che vi era luogo a nominare un consulente giudiziario ad un sordo e muto che non sapeva leggere nè scrivere. (SIREY, 1813, 2, part. pag. 12) (a).

(22) Vale a dire che abbia pronunziata l'interdizione o semplicemente nominato un consulente. Risulta, del resto, da queste disposizioni che l'interdetto, o quegli cui fu dato un consulente può non appellare e per conseguenza acquiescere tacitamente al giudicato. Ma potrebbe farlo espressamente, ed interdirti così il dritto di appellare? L'affermativa è stata giudicata in Torino il 4 gennajo 1812 (SIREY, 1813, 2. part. p. 322). La ragione di dubitarne può trarsi dal principio che non si può disporre del proprio stato, e che siccome per effetto della sola sua volontà non potrebbe alcuno sottoporsi ad un consulente giudiziario, del pari sembra che non si debba aver la potestà di acquiescere alla sentenza che l'ordina: ma la ragione di decidere si è che vi passa una gran differenza tra un simile acquiescimento ed un consulente volontario. Nel primo caso il giudice è riputato aver avverato l'esistenza delle cause che han provocata la domanda. La sua sentenza in verità è soggetta all'appello; ma se n'ecceppino i casi nei quali la legge formalmente li prescrive, non si è mai nell'obbligo di esaurire i due gradi di giurisdizione; e noi non troviamo in nessun luogo che ciò sia prescritto per le quistioni di stato. Ed, al contrario, nella causa di questa specie, forse la più favorevole, quella di nullità di matrimonio, l'acquiescenza data dalle parti alla sentenza di prima istanza le renderebbe inammissibili ad appellarne, salvo in questo caso il dritto del pubblico ministero.

(a) Quantunque (dice questa decisione) il sordo nato non possa essere interdetto a causa della sua infermità, ciò non ostante vi è luogo a nominargli un curatore o consulente giudiziario nel senso dell'art. 499 del Cod. civ.; soprattutto se non sapendo leggere nè scrivere, abbia cercato egli stesso una tal nomina.

essere interposto dal provocante o da uno dei membri Pr. del consiglio di famiglia che hanno votato per l'interdizione o la nomina del consulente, ed in questo caso è dritto retto contro il convenuto.

In appello, può la Corte, se il crede necessario, interrogare di nuovo il convenuto, o farlo interrogare da un commissario (23).

Se non vi è appello della sentenza che ha pronunciata l'interdizione (24), o se questa è confermata in appello, si destina (25) all'interdetto un tutore ed un tutor surrogato; per le quali nomine si osservano le regole prescritte nel Titolo della *minor'età e della tutela*. L'amministratore provvisorio, se fu nominato, cessa dalle sue funzioni e rende conto al tutore, quando non lo fosse egli stesso.

Il marito è di dritto tutore della sua moglie interdetta (26). Quanto alla moglie, ella non è tutrice del

(23) Che può prendere fuori del suo seno, se per esempio il luogo ove risiede la Corte è lontano dal domicilio dell'interdetto. Per questa ragione non si dice che il procurator generale assisterà all'interrogatorio.

(24) Ciò non vuol dire che per la nomina del tutore sia d'uopo attendere che sia scorso il termine per l'appello; ma bensì che il convenuto non può impedire tal nomina se non appellando. L'appello è dunque a tal riguardo sospensivo; ma non per ciò che concerne la capacità dell'interdetto come il vedremo qui appresso.

(25) Cioè *si nomina*. Il Tribunato aveva proposto la soppressione del vocabolo *nomina*, poichè questa espressione esclude la tutela legittima; il che è vero. Ora come questo vocabolo è stato conservato, bisogna concluderne, che riguardo all'interdetto non v'è luogo a tutela legittima, tranne un solo caso di cui andremo a parlare. (a) È possibile in fatti che la situazione particolare nella quale trovasi l'interdetto in ragione del suo stato o de' suoi affari esiga che la tutela non sia conferita che con cognizione di causa. Così fu giudicato in cassazione a di 11 marzo 1812 (SIREY, 1812, 1. part. p. 217). La causa fu rinviata alla Corte reale di Parigi la quale il 1 maggio 1813 giudicò che la tutela legittima non aveva luogo. (SIREY, 1813, 2. part. p. 193)

(26) Questo è il solo caso in cui si fa luogo alla tutela legittima riguardo all'interdetto,

(a) La tutela dell'interdetto è puramente dativa, non appartiene di dritto ad alcuno, e lo stesso padre non può col suo testamento nominare un tutore al suo figlio interdetto. Il solo caso che la legge eccettua è quel della moglie caduta in demenza. V. TOULIER, l. c. num. 1336.

marito se non allorchè vi è nominata (27) dal consiglio di famiglia il quale regola in questo caso la forma e le condizioni dell'amministrazione, salvo il ricorso della moglie innanzi ai tribunali (28), se credesi lesa dalla deliberazione presa a tal proposito. 507
430

In tutt'i casi i redditi dell'interdetto debbono essere essenzialmente impiegati per addolcire la sua situazione ad accelerarne la guarigione, se sia possibile. Secondo i caratteri della sua malattia e lo stato delle sue facoltà,

(27) E questa nomina le terrà luogo di autorizzazione generale per tutti gli atti di amministrazione anche de' suoi proprj beni; ma essa non potrà alienare i suoi immobili senza l'autorizzazione del giudice. Riguardo agl'immobili del marito, ella è soggetta a tutte le formalità prescritte per l'alienazione de' beni de' minori; ed è lo stesso se ella è in comunione di beni, per gl'immobili della comunione che sono riputati, sino a che questa esiste, essere la proprietà del marito, come noi lo vedremo al Titolo *del contratto di matrimonio*.

Notas Si era giudicato in Parigi il 7 febbrajo 1814 che la moglie non poteva essere allontanata dalla tutela senza un valido motivo. Questa decisione sembrava difficile a conciliarsi col testo degli articoli 506 § 429 e 507 § 430 che stabiliscono una distinzione ben precisa a questo soggetto tra il marito e la moglie, poichè si dichiara nel primo il marito tutore di dritto, e nell'altro si permette soltanto di nominar la moglie tutrice. Questa decisione è stata con ragione cassata ai 27 novembre 1816 (*Loll.* n. 71) (a).

(28) Questa è una disposizione particolare per la moglie. Non è già che le deliberazioni de' consigli di famiglia non possano essere attaccati in fatto d'interdizione come lo sono in fatto di minor età; ma esse non possono esserlo che nell'interesse del minore o dell'interdetto, oppure perchè pregiudicano ai dritti che la legge attribuisce al tutore nella sua qualità di tutore. Qui la legge permette alla moglie di reclamare non già come tutrice, ma nel suo proprio interesse; se ella si crede lesa, dice l'art. 507 § 430. La ragione della differenza si è, che a riguardo degli altri tutori il consiglio di famiglia dee limitarsi a prendere le misure convenevoli relativamente alla persona dell'interdetto. Qui al contrario esso deve occuparsi egualmente della sorte della moglie ed assegnarle le somme necessarie per metterla in grado di sostenere lo stato che le dà il nome e la fortuna di suo marito. Se ella si crede lesa dai provvedimenti presi per tale oggetto, può senza dubbio reclamare; ed è questo il dritto che le assicura il citato articolo 507, dritto ch'ella potrebbe esercitare quand'anche non fosse tutrice

(a) Il *SIREY* riporta pure questa decisione, 17. 1. 33, la quale dice che l'art. 507 del Cod. civ. ha inteso che la moglie sia semplicemente eligibile o rimovibile secondo il voto del consiglio di famiglia, e non già ch'ella ha dritto ad essere eletta e non privata della tutela se non per cause gravi nell'interesse dell'interdetto, e de' figli nati dal matrimonio.

può d'altronde il consiglio di famiglia determinare che
510 venga curato nella propria abitazione, o che sia posto in
433 una casa di sanità, o benanche in un ospedale (a).

La tutela dell'interdetto è regolata dalle stesse leggi
che regolano quella dei minori, ai quali egli è interamente
509 pareggiato per ciò che riguarda la sua persona ed i suoi
432 beni. V'ha però questa differenza, che se il tutore del-
l'interdetto non è il suo coniuge nè uno de' suoi ascen-
508 denti o discendenti (29); può domandare e sarà in dritto
431 di ottenere di essere rimpiazzato in capo a dieci anni (30).

L'effetto dell'interdizione o della nomina di un con-
sulente ha luogo dal giorno della sentenza (31). Quindi
502 tutti gli atti fatti posteriormente (32) dall'interdetto, o
425 senza l'assistenza del consulente, sono nulli di dritto (33);

(29) Questa parola prova che il figlio può essere nominato tutore
del suo padre interdetto.

(30) Vi è ancora tra il minore e l'interdetto una differenza rela-
tivamente alla nullità degli atti fatti da essi, come noi farem conoscere
nella nota. 33 seguente.

(31) Anche di prima istanza e quando vi fosse appello. La discus-
sione sull'articolo 501 † 424 lo prova ad evidenza. Egli è d'altronde
principio che ogni sentenza di prima istanza confermata in appello
deve avere il suo effetto dal giorno in cui fu resa. La conferma prova
ch'era stato ben giudicato dapprima. Ma questo effetto non ha luogo
se non per quel che concerne la capacità dell'individuo: quanto alla
nomina del tutore, noi abbiám visto che essa rimaneva sospesa per
l'appello prodotto.

Queste parole, *dal giorno della sentenza*, significano ancora ch'
essa ha effetto dal giorno in cui fu resa, e prima di qualunque no-
tifica, come noi lo vedremo nella nota. 42 seguente.

(32) Per conseguenza la validità di ogni atto che non ha una
data certa anteriore all'interdizione può essere impugnata salvo ai tri-
bunali di stabilire *quid probabilius*. Così fu giudicato in Parigi il 10
maggio 1810 (SIREY, 1814, 2. part. p. 266) ed in cassazione il 9
luglio 1816. (ib. 1817, 1 part. p. 150.)

(33) Le nullità di dritto sono generalmente quelle che non han
bisogno di essere pronunciate, come quella scritta nell'articolo 692 †

(a) Ma nel timore che il consiglio di famiglia non abusi di que-
sto potere, la legge vuole che il suo parere sia omologato dal tribu-
nale sulle conclusioni del regio procuratore. E qui l'omologazione
non debb'essere una vana formalità: i magistrati sono obbligati di
assicurarsi che gl'interessi dell'interdetto e de' figli non siano sacri-
ficati ad altri opposti interessi che potrebbero esistere in seno della
stessa famiglia. (TOULLIER, l. c. n.º 1342).

ed anche nel caso d'interdizione (34), gli atti anteriori alla medesima possono essere annullati, se la causa d'interdizione esisteva notoriamente (35) all'epoca in cui furono fatti. 503
426

771 del Codice di procedura. Ma non è questa la nullità di cui qui si tratta. L'atto stipulato dall'interdetto è sì poco nullo in questo senso, che la nullità dee sotto pena di decadenza esser domandata nei dieci anni da contarsi dal giorno in cui è stata tolta l'interdizione. Io credo dunque che bisogna intendere le parole *nulli di dritto* in questo senso, che l'interdetto non abbia cosa alcuna da provare per far pronunciare la nullità: gli basta di giustificare che egli era interdetto allorché l'atto si fece; a differenza del minore il quale oltre alla sua minor età dee provare ancora di essere stato leso dall'atto di cui domanda la nullità, secondo la massima: *minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam laesus* L. 9. §. 4. ff. *de jurej.* Ciò che dee tuttavia intendersi del minore capace di acconsentire, poichè s'egli fosse di una età tale da esserne assolutamente incapace, è certo che dovrebbe essere allogato nella stessa classe dell'interdetto. Ma questo è un caso così straordinario che quasi è inutile arrestarvisi. Osservate inoltre:

1. Che la nullità di cui si tratta non è affatto assoluta, ma soltanto relativa, vale a dire che non può esser domandata se non dal solo interdetto, suoi eredi o aventi causa, e non mai da coloro che han trattato con lui, art. 1125 † 1079;

2. E che la nullità degli atti fatti dopo la sentenza di prima istanza sino alla decisione resa sull'appello di questa sentenza è subordinata all'evento dell'appello. Se la prima sentenza è confermata, gli atti restano nulli. Essi al contrario diventano validi se la prima sentenza è revocata, poichè viene in quest'ultimo caso giudicato che l'individuo non sia stato mai nel caso di essere interdetto.

(34) Solamente. Egli sembra che non sarebbe lo stesso nel caso della nomina di un consulente; tutti gli atti corsi prima sono interamente inattaccabili. Intanto un prodigo potrebbe bene, non fosse che per un mal inteso dispetto, rovinarsi nell'intervallo che scorre dalla domanda sino alla sentenza. Quindi si credeva anticamente che l'interdizione del prodigo (abbiamo già enunciato che il prodigo poteva essere interdetto come il furioso) era riguardata aver cominciato dal giorno della prima procedura. (RICARD, delle donazioni, part. 1; n. 145.) E d'altronde sembra che l'art. 503 † 426 dovrebbe essere applicato senza difficoltà al caso preveduto dall'art. 499 † 422; v'è la stessa ragione, poichè la disposizione permessa da questo articolo è fondata unicamente sulla debolezza d'intelletto della persona; debolezza che può avere esistito lungo tempo prima della domanda d'interdizione.

(35) Io credo che ciò può intendersi non solo della notorietà assoluta, ma benanche della notorietà relativa, vale a dire del caso in cui lo stato dell'individuo senza essere conosciuto da tutti, l'era però da colui col quale avea contrattato. Ma bisognerebbe fare questa distinzione, che se lo stato fosse assolutamente notorio, l'atto potrebbe essere annullato, senza bisogno di provare che l'altra parte conoscea un tale stato; ma se la notorietà non fosse che relativa,

Nondimeno quando un individuo sia morto, gli atti da esso fatti non possono essere attaccati per causa di demenza, se l'interdizione non sia stata provocata prima della morte, o se la prova della demenza non risulti dall'atto stesso che viene impugnato (36).

Se si tratta del matrimonio del figlio di un interdetto (37), la dote o l'assegnamento a titolo di eredità (38) e le altre convenzioni nuziali van regolate dal parere del consiglio di famiglia (39), omologato dal tribu-

la nullità non avrà luogo se non quando si proverà che lo stato dell'individuo era conosciuto da quegli che contrattò seco lui.

Dal principio che gli atti dell'interdetto prima dell'interdizione non debbono essere annullati se non quando la causa dell'interdizione era notoria nell'epoca in cui furon fatti, risulta che la nullità non è propriamente l'effetto della interdizione, ma bensì dell'incapacità morale in cui si trovava la persona nel tempo della stipulazione dell'atto. Dietro questo principio si è giudicato con ragione in Roano il 9 febbrajo 1808 che un donatario anteriore all'interdizione non poteva formare opposizione di terzo alla sentenza d'interdizione del donatore (SIREY, 1813, 2 part., p. 308); mentre, tosto che la nullità della donazione non poteva essere domandata se non provando che la demenza esisteva nell'epoca in cui la donazione aveva avuto luogo, non era dunque l'effetto che della demenza allora esistente, e non dell'interdizione posteriore.

(36) Esamineremo al Titolo delle donazioni se questa disposizione debba applicarsi ai testamenti.

La parte istessa, recuperata la ragione, ma che non sia stata interdetta, potrebb'essa attaccare gli atti passati con lei nei due casi mentovati nell'articolo 504 § 427? Se la pruova della demenza risulta dall'atto stesso che s'impugna, l'affermativa non mi par dubbia. Ma nel caso contrario, potrebb'essa invocare la notorietà? Io non veggio il motivo per cui gli si potesse ricusare tal dritto, poichè si accorda ai suoi eredi, ai quali si potrebbe che anzi rimproverare di non aver provocata l'interdizione, mentre che non si può far lo stesso rimprovero alla parte.

(37) Anche quando fosse maggiore.

(38) *Hoirie* è vecchia parola che significa successione: *Avancement d'hoirie* è dunque ciò che un padre o una madre danno ai loro figli per anticipazione sopra la loro futura successione.

(39) Questa disposizione sembra a prima vista difficile a conciliarsi con l'articolo 1398 § 1352 il quale dice: *che il minore abile a contrarre matrimonio può fare nel contratto nuziale tutte le donazioni e consentire ad ogni specie di convenzioni matrimoniali con la sola assistenza di coloro il di cui consenso è necessario pel suo matrimonio*. Ora è possibilissimo che il figlio di un interdetto non abbia bisogno del consenso del consiglio di famiglia per maritarsi; per esempio se ha ancora la madre o altri ascendenti, o se è maggiore. Ed intanto l'articolo 511 § 434 non distingue, esigendo in tutt'i casi, e quand'anche

nale in seguito delle conclusioni del pubblico ministero.

il figlio fosse maggiore, il consenso del consiglio di famiglia. Ma bisogna osservare che l'art. 1398 † 1352 riguarda il caso in cui il minore si dota del suo, e fa alcune stipulazioni su i proprj beni. Basta allora ch'ei venga assistito da quelli di cui è necessario il consenso pel suo matrimonio. Ma nell'art. 511 si tratta di un figlio, maggiore o minore, che non ha beni sufficienti per dotarsi; e siccome l'articolo suppone che bisogna prendere questa dote dai beni dell'interdetto, ecco perchè esige che la quantità della medesima e le altre convenzioni matrimoniali sieno regolate dal consiglio di famiglia. Osservate ancora che non è quistione del consenso da darsi al matrimonio, ma soltanto del regolamento delle convenzioni; poichè in effetti può accadere, o che la figlia sia maggiore o che, s'ella è minore, il consenso debba esser dato da altri che da un consiglio di famiglia, vale a dire dalla madre o dagli ascendenti.

In tutti i casi la disposizione dell'articolo non dee il più sovente aver luogo se non quando la madre interdetta è vedova, o quando l'interdetto è il padre. In fatti se la madre è l'interdetta ed esiste il padre, questi ha solo il dritto di dotare il figlio o su i proprj beni, o su quelli della comunione. Il parere del consiglio di famiglia non potrebbe dunque tutto al più esser necessario in questa circostanza, che pel caso in cui, i beni personali del padre e quelli della comunione non bastando, fosse necessario dotar il figlio su i beni personali della madre.

Ma si presenta qui un'altra quistione. La legge dice che le convenzioni matrimoniali saranno regolate secondo il parere del consiglio di famiglia. Ma di qual consiglio intende essa parlare? Di quello della famiglia del figlio, o dell'interdetto? La quistione non è di poco momento; dapoichè se debb'esser il consiglio della famiglia del figlio, bisognerà convocare tre de' suoi parenti paterni e tre dei materni: se poi è quello della famiglia dell'interdetto, si dovranno convocare tre parenti paterni e tre materni dell'interdetto, ma che saranno tutti parenti del figlio dallo stesso lato. Io credo che come si tratta di disporre dei beni dell'interdetto, è il consiglio della sua famiglia che deesi convocare; e d'altronde l'articolo 511 † 434 dicendo, *col parere del consiglio di famiglia*, ha inteso necessariamente parlare di quello di cui è stato quistione finora e che ben chiaramente è quello della famiglia dell'interdetto. Se dunque il figlio dell'interdetto è minore e non ha altri ascendenti, potrà accadere che abbia bisogno dell'intervenzione di due consigli di famiglia: prima, del suo, pel consenso da darsi al matrimonio, e quindi, di quello del padre, per regolare la dote e le convenzioni matrimoniali, se il minore non ha nei suoi proprj beni come dotarsi convenevolmente.

Nota. Una decisione della corte di Nimes del 3 gennajo 1811 ha giudicato, e con ragione, che la disposizione dell'art. 511 † 434 era applicabile al figlio di un sordo e muto, il di cui padre si trovava nella impossibilità di manifestare la sua volontà. (*Giornale della giuris. del cod. civ.*, tom. 17. pag. 379) (a).

(a) Essa è pure riportata nel *SIREY* al vol. 11. parte 2. pag. 378; ed è poggiata sugli art. 407 Cod. civ. e 883, 885 Cod. proced. civ.

La legge proteggendo l'interdetto o l'uomo debole dalle sorprese che potrebbero esser loro fatte, ha dovuto d'altra parte prendere le convenevoli precauzioni, onde far conoscere l'incapacità de' medesimi a quelli che ingannati dalle apparenze potrebbero contrattare seco loro. Quindi è prescritto che qualunque sentenza (40) con cui si ordina la interdizione o la nomina di un consulente, sia a cura dell'attore estratta dagli atti, notificata alla parte ed inscritta (41), entro dieci giorni, sopra le tabelle che
 501 debbono essere affisse nella sala di udienza e negli uffici
 424 de' notari del circondario (42).

(40) Il che comprende anche quella di prima istanza, e conferma la interpretazione da noi data dell'art. 501 § 424.

(41) Pertanto non è necessario che la sentenza sia notificata a tutti i notai del circondario: basta rimetterne l'estratto al segretario della loro Camera che ne dà ricevuta e lo comunica ai suoi colleghi, i quali sotto pena de' danni ed interessi son tenuti di pigliarne nota ed affiggerla nelle loro curie (*tariffa delle spese, del 16 febbrajo 1807, lib. II., tit. II. cap. II., §. 8., boll. num. 2240; e legge sull'organizzazione del notariato del 25 ventoso anno XI, art. 18, boll. num. 2440*).

(42) Osservate che queste formalità non sono prescritte che onde prevenire i terzi, e che non sono in alcun modo necessarie per la validità della interdizione, la quale ai termini dell'art. 502 § 425, ha il suo effetto dal giorno della sentenza. Ma se la mancanza di queste formalità non rende validi gli atti dell'interdetto posteriori alla sentenza, può almeno dar luogo ai danni ed interessi contra coloro che son tenuti ad adempiere a tali formalità, ed in favore delle persone che avessero contratto in buona fede coll'interdetto.

Peraltro una decisione della Corte d'appello di Douai ha stabilito che gli atti passati da quello a cui era stato dato un consulente giudiziario, erano validi, sol perchè la sentenza non avea ricevuto la pubblicità richiesta dall'art. 501 § 424. Si ricorse in cassazione contro di tal arresto, ed il ricorso venne rigettato il 16 luglio 1810 (*Giornale della giuris. del Cod. civ., tom. 16, pag. 80*), contro le conclusioni del pubblico ministero. Io non considero meno la decisione della Corte di Douai come interamente contraria allo spirito ed alla lettera delle disposizioni del Codice. L'art. 502 § 425 dice formalmente che la sentenza d'interdizione o di nomina di un consulente ha il suo effetto dal giorno in cui vien resa; che da quel giorno tutti gli atti dell'interdetto o di quegli a cui è stato dato un consulente, sono nulli di dritto; e pertanto l'art. 501 dà dieci giorni di tempo per farsi l'affissione. Ecco dunque un intervallo di dieci giorni durante il quale la sentenza avrà avuto il suo effetto senza essere stata pubblica. Questo effetto dunque non è subordinato alla pubblicità. D'altronde gli atti fatti nei dieci giorni sono nulli di dritto, dice l'articolo 502; eppure se in capo a questi dieci giorni la sentenza non è stata affissa, questi atti medesimi

L'interdizione cessa col cessar delle cause per le quali fu determinata; ma la revoca ne debb'essere pronunziata con una sentenza, osservandosi le stesse formalità (43) 512
prescritte per decretarla. 435

diverranno validi, e l'interdetto potrà trovarsi spogliato di tutt'i suoi beni: ciò sarebbe contraddittorio.

Inoltre l'interdizione o la nomina di un consulente non è specialmente pronunziata nell'interesse dell'interdetto o del prodigo? E si può allora farne dipender l'effetto dalla negligenza de' terzi, o forse anche dal caso?

Finalmente la pubblicità non ha luogo che nel circondario del domicilio dell'interdetto; ed intanto è possibile che egli vada a contrattare in luogo lontanissimo ove la sentenza sarà del tutto incognita. Il contratto ne sarà meno nullo? Arresto della Corte di cassazione del 29 giugno 1819, SIREY, 1820, 1. par. p. 8) E nondimeno dovrebbe esser valido secondo il sistema della Corte di Douai. Io lo ripeto, questo sistema sembra totalmente inammissibile; ed è d'altronde assolutamente contrario all'antico dritto, come l'attesta LACOMBE, vocabolo *interdiction*, num. 8, ed al quale i redattori del Codice non han voluto certamente derogare (a).

(43) Si è giudicato in cassazione il 12 febbrajo 1816 che non era necessario chiamare il tutore dell'interdetto. (Boll. num. 13) (b). E

(a) *L'incapacità di un interdetto non deriva dalla sentenza che pronuncia l'interdizione, ma dallo stato di colui contro del quale è pronunziata. Ciò non ostante la legge mette una gran differenza tra gli atti che si fan prima e quelli che si fanno dopo tal sentenza. I secondi sono nulli di dritto, poichè l'incapacità di colui che gli ha fatti è cosa giudicata e notoria. Ma i primi avendo potuto esser fatti nello stato di ragione o di demenza, la legge non li poteva dichiarar validi o nulli, appartenendo ciò ai magistrati che secondo le circostanze possono o no annullarli. Ora tre sono le condizioni cumulativamente richieste per l'annullamento: 1. Che vi sia interdizione; 2. che la causa dell'interdizione abbia esistito nell'epoca dell'atto; 3. che questa causa sia stata notoria. (V. TOULLIER l. cit. num. 1355 e seguenti ne quali esaminando le differenze tra le obbligazioni nulle di dritto e quelle soggette a rescissione, concilia l'art. 502 § 425 cogli art. 1125 § 1079, 1304 § 1258 e 1312 § 1266.*

(b) Ecco come il Sirey nel vol. 16, parte. 1. p. 217 riassume questa decisione citata dal nostro autore.

„ L'interdetto il quale vuole ottenere che resti rievocata la sua interdizione non è tenuto a darsi un contraddittore (art. 498 del Cod. civ.). Spetta prima al ministero pubblico di esaminare se la domanda per tale rievocazione sia fondata (art. 512 del Cod. civ.). Tocca poi al consiglio di famiglia o ai suoi membri di opporvisi, se il giudicano conveniente (art. 492 Cod. civ.) In verun caso il tutore dell'interdetto ha qualità per contraddire: esso non può dunque produrre opposizione di terzo alla sentenza che rievoca la interdizione (art. 474 Cod. di proced. civ.). Nulla poi si decise sulla quistione, se

Nota. Il Codice penale ha stabilito inoltre una interdizione legale per colui che fu condannato ai lavori forzati a tempo ovvero alla reclusione, la quale interdizione dura quanto la pena. Quindi gli è deputato un curatore per aver il maneggio ed amministrare i suoi beni secondo i riti consueti nella nomina dei tutori dati agli interdetti giudizialmente (art. 29); e durante lo stesso tempo non può esser loro consegnata veruna somma, veruna provvisione, nè parte alcuna dei proprii redditi (art. 31).

Allorchè il condannato ha espiata la pena, gli vengono restituiti i suoi beni, ed il curatore gli rende conto della tenuta amministrazione (art. 30).

nel fatto non è egli legittimo contraddittore, poichè non ha interesse come tutore. Ma siccome il consiglio di famiglia debb'essere consultato per la revoca dell'interdizione, i parenti che non vi avessero acconsentito, potrebbero intervenire per opporsi a farla pronunziare (proc. art. 888 § 965) (a).

È necessario di far pubblicare ed affiggere la sentenza di revoca? L'art. 512 § 435 esige le stesse formalità prescritte per decretare la interdizione. Ora la pubblicazione e l'affissione non sono di questo numero, poichè l'interdizione dovrebbe aver luogo quand'anche la sentenza non fosse stata nè pubblicata, nè affissa (nota precedente). D'altronde si concepisce esser utile il pubblicare una sentenza che dichiara un individuo incapace di contrattare: le terze persone hanno grande interesse a non trattare con un incapace. Ma non corre la stessa ragione per la sentenza che gli rende al contrario la sua capacità.

La sentenza di revocazione dovrebbe essere sottoposta alle stesse formalità della sentenza d'interdizione, e se sarebbe nulla, mancando la pubblicazione degli affissi a' termini degli art. 501 e 512 tra loro combinati.

(a) *Spetta prima d'ogni altro al ministero pubblico l'esaminare se la domanda di togliersi l'interdizione sia fondata; in seguito al consiglio di famiglia o a' suoi membri di opporvisi, ove lo giudichino convenevole. Il tutore dell'interdetto non ha qualità per opporsi. Finalmente questa sentenza non è nulla per mancanza di pubblicità ed affissione (Veggasi una decisione de' 12 febbrajo 1815 in SIREY tom. 16, par. 1. p. 217, e seguenti.).*

O S S E R V A Z I O N I

SUL TITOLO DECIMOPRIMO.

Questo Titolo è stato tra noi adottato tal quale trovasi nel Codice francese e colla stessa distribuzione di articoli. A riserba di pochissime e leggiere varietà nella redazione, niuna riforma, modificazione nessuna.

In queste osservazioni però ci occuperemo 1.º dell' interdizione penale, ossia di quella stabilita nelle Leggi penali, e ne rileveremo gli effetti così nella patria potestà, come nella tutela di cui negli antecedenti Titoli abbiám parlato; 2.º delle nuove disposizioni date ultimamente col real decreto del 20 giugno 1827 sulle interdizioni; 3. di alcune risoluzioni della giurisprudenza su varie quistioni che riguardano più particolarmente questo Titolo.

§. I.

Delle interdizioni penali.

Ricordiamoci delle tre specie d' interdizioni criminali di cui a lungo discorremmo nelle osservazioni al Tit. II.

Che l' interdizione totale e perpetua che noi indicammo aver luogo soltanto nella condanna all'ergastolo, produca la cessazione dell' autorità paterna, e quella della tutela anche de' proprj figli, non ha bisogno nè di pruova nè di commento, dopo tutto quel che ne abbiám ivi ragionato, considerando il condannato all' ergastolo come *morto* civilmente.

L' interdizione *patrimoniale* è quella stessa che nell' abilito codice penale era chiamato *interdizione legale*, nominandosi al condannato un curatore per regolare ed amministrare i suoi beni colle forme stabilite per la nomina de' curatori agl' interdetti (art. 29). Lo stesso dicono le nostre Leggi penali nell' art. 15. Preveggono esse ancora nell' art. 27 gli assegnamenti da farsi dal tribunale civile alla famiglia del condannato, ed i sussidj alimentari per lui.

Ma questa interdizione non dura che quanto la pena, perciò l' una e l' altra legislazione penale dispone che i beni

saranno restituiti all'interdetto espiata la pena, e che il curatore gli darà conto della sua amministrazione, secondo le norme fissate ne' giudizj civili.

Or può dubitarsi se durante questa pena, così l'esercizio della paterna autorità, come quello della tutela anche de' proprj figli resterà sospeso, come avviene per l'interdetto civilmente sino a che in tale stato rimanga, o pure se sospesa la sola amministrazione de' beni rimanga l'esercizio della paterna autorità nella persona del condannato. Noi persistiamo nel credere sospeso ancora l'esercizio suddetto, cui non potrebbe neppure prestarsi un condannato, ed attendiamo la risoluzione de' tribunali per rimuovercene.

Qualche dubbio pure presenta la *interdizione dai pubblici uffizj*, che corrisponde alla *degradazione civica* dell'abolito Codice. Essa consiste, come dice la legge, nell'esclusione del condannato da ogni funzione o impiego pubblico; e siccome la tutela è *munus publicum*, così niun dubbio per la tutela. Ciò è tanto vero che per conservargli quella sui proprj figli la legge ne ha dovuto scrivere espressamente l'eccezione, che ha dappiù sottoposta ad una importante condizione, qual è il voto e l'approvazione del consiglio di famiglia (L. P. art. 14).

Ma non può dirsi lo stesso della paterna autorità, che questa specie di pena non toglie, nè sospende, fuorchè nel caso che all'interdizione de' pubblici uffizj sia unita ancora l'interdizione patrimoniale, come nei condannati ai ferri, ancorchè nel presidio, ed alla reclusione (ivi, art. 17). E ci conferma in questo sentimento la disposizione dell'art. 332 delle stesse leggi che noi mentovammo nell'ultimo §. delle osservazioni sul Titolo *della patria potestà*. In questo articolo per privare il genitore di ogni dritto della potestà che la legge gli concede sulle persone e sui beni de' figli vi è stato uopo di una espressa spiega, che sarebbe rimasta inutile se tal perdita fosse stata la conseguenza di questa specie d'interdizione. Infatti la pena de' genitori che eccitassero, favorissero, facilitassero la prostituzione o la corruzione de' loro figli minori, che è il caso contemplato in detto art., è la reclusione, e questa porta seco la interdizione perpetua da' pubblici uffizj (detto art. 27).

*image
not
available*

3. Se gravi motivi sian d'ostacolo che l'interrogatorio abbia luogo a norma dell'art. 1. nel caso quivi preveduto, il tribunale civile adito per lo giudizio d'interdizione dovrà implorare da Noi il permesso di spedire per l'adempimento dell'interrogatorio fuori la provincia, o valle di sua residenza, un suo giudice unitamente al nostro procuratore ed al cancelliere dello stesso tribunale.

§. III.

Ecco la risoluzione di alcune altre quistioni su quest'oggetto, desunta dalla giurisprudenza francese e nostra :

1. Non basta che un uomo sia inquieto nella sua famiglia, litigioso nella società, irrispettoso verso i magistrati, dissipatore, imbevuto di errori, più o meno gravi, onde sia permesso l'interdirlo o di dargli un consulente. — La libertà civile, quel libero arbitrio, quel dominio di se stesso che costituisce l'essere ragionevole suo proprio regolatore, sotto la dipendenza delle leggi, non può essere incatenata ristretta se non in caso di furore demenza o imbecillità — Parigi 30 agosto 1817. (SIREY, 17, 2, 369.)

2. Quando la interdizione è provocata per causa di demenza, i giudici debbono rigettar tal dimanda se il conjuge, ed i parenti più prossimi, soprattutto il padre della persona da interdirsi si oppongono all'interdizione. — Besanzone, 4. piovoso an. XIII (SIREY, 5, 2, 307.)

3. Non può essere interdetto un individuo sull'avviso di quel consiglio di famiglia di cui abbia fatto parte il figlio di colui, che ha provocato l'interdizione. — Questo consiglio debb'esser dichiarato nullo, e con esso tutti gli atti che ne sono seguiti. — Corte degli Abruzzi, 18 novembre 1818. (CATALANI, 3, 284). Ma colui che ha provocato l'interdizione, non è perciò incapace di esser tutore — Metz, 24 brum. an. 13. (SIREY, 5, 2, 80).

4. Ove siasi domandato un consulente giudiziario per motivo di prodigalità, non possono i giudici cominciare la procedura dalla convocazione del consiglio di famiglia, sulla cui deliberazione interdire al reo l'alienazione de'suoi beni — C. A. di Lanciano, 7. novem. 1816. (CATAL., 1. 208)

5. Ove siasi domandato un consulente giudiziario per motivo di prodigalità, non possono i giudici nominare un consulente provvisorio. — La stessa Corte, 7 novembre 1816. (*Ivi*, *ivi*).

6. Colui ch'è stato dichiarato prodigo può esser condan-

nato coll'arresto personale al pagamento di debiti che di loro natura importano arresto personale, e che sono stati da lui contratti prima di essergli dato il consulente. — Bruxelles, 13 aprile 1808. (SIREY, 8, 2, 209).

7. Non può procedersi alla nomina di un tutore all'interdetto, se non dopo che la sentenza d'interdizione ha acquistato l'autorità della cosa giudicata. La notifica fatta prima dee considerarsi come non avvenuta. — Cassaz. Franc., 13 ottobre 1807. (SIREY, 7, 1, 473).

8. Dee applicarsi ai testamenti la disposizione dell'art. 504 + 427 del Cod. civ. che non permette di attaccare gli atti (sensati in se stessi) d'individui caduti in demenza, se la loro interdizione non sia stata provocata mentre vivevano? La Corte di Parigi nel 30 messid. an. 13 sostenne l'affermativa; ma fu giudicata in senso contrario, vale a dire che la restrizione contenuta nell'art. 504 non è applicabile se non ai contratti ordinarii, e non alle donazioni ed ai testamenti, pe' quali la regola è indicata nell'art. 901 del detto Codice, dalla Corte di Poitiers nel 27 maggio 1809; e la cassazione ne rigettò il ricorso nel 22 novembre 1810: ed in seguito lo stesso si decise dalla Corte di Liegi nel 16 giugno 1810, da quella di Besanzone nel 19 dicembre detto anno, e dalla Corte di Colmar nel 17 giugno 1812. (V. SIREY 10. 2. 23, 11. 1. 73, 21. 2. 70, 11. 2. 351, e 13. 2. 43.)

9. Il padre di un maggiore interdetto non può nominargli un tutore col testamento, come potrebbe nominarne uno al suo figlio minore, giusta l'art. 397 + 319 — Cassaz. Fr. 11 marzo 1813, e C. A. di Parigi, 1 maggio 1813 (SIREY 12. 1. 217, e 13. 2. 193).

10. Chiuderemo quest'elenco colla quistione agitata nella nostra Corte di appello di Napoli 3 Camera. » Se siano validi o nulli gli atti fatti da un individuo il quale si trovava in uno stato di demenza assoluta, prima del giudicato di nomina del consulente; e se potesse o no provarsi per mezzo di testimoni la demenza anteriore », la quale fu risolta colla decisione del 27 febbrajo 1826 per la nullità, ammettendosi la pruova testimoniale. — Il dubbio nella proposta quistione nasceva dacchè, mentre il nostro art. 426 dichiara la nullità degli atti anteriori all'interdizione, tace sugli atti anteriori alla nomina del consulente; la Corte lo sciolse colla distinzione dell'incapacità assoluta che esige la sua assoluta interdizione, da quello stato di semi-incapacità cui nell'art. 442 si provvede opportunamente colla nomina di un consulente. In questa seconda posizione gli atti anteriori alla nomina sou

validi, benchè lo stato del contraente, in tempo della nomina e prima, si trovi lo stesso: ma è ben altrimenti nel caso in cui l'individuo cui si è dato il consulente nello stato di semi-incapacità, era assolutamente incapace nel tempo anteriore al contratto, vale a dire nel caso della notoria esistenza della causa dell'interdizione all'epoca dell'atto, e che rende l'imbecille il demente il furioso incapaci di consenso. Conclude quindi che la restrizione dell'art. 526 è scritta pel caso della semi-incapacità, non pel caso assai diverso della incapacità assoluta in tempo del contratto. (Veggasi meglio sviluppata questa conchiusione nella decis. riportata tra quelle delle nostre gran Corti Civili pubblicate dal Sig. Consigliere Agresti attual Procuratore generale presso la G. C. Civ. di Napoli, primo vol. pag. 24.)

*image
not
available*

LIBRO II.

DELLA DISTINZIONE DE' BENI, DELLA PROPRIETÀ E DELLE SUE MODIFICAZIONI.



TITOLO PRIMO.

DELLA DISTINZIONE DE' BENI (1).

Sotto il nome di *beni* si comprendono tutte le cose le quali possono essere oggetto di una proprietà pubblica o privata.

I beni possono considerarsi tanto in loro stessi, quanto nelle loro relazioni con quelli che li posseggono.

CAPITOLO PRIMO.

DE' BENI CONSIDERATI IN LORO STESSI.

I beni considerati in loro stessi sono corporali o incorporali (2).

(1) Osservate POTHIER, *della Comunione*, part. I. cap. II. sez. I, art. 1.

(2) Questa distinzione viene consacrata implicitamente dal Codice. (Da osservarsi gli articoli 1607 + 1453, 2075 + 1945, ec.). Noi abbiamo creduto doverla situare in primo luogo, non solo perchè è fondata sulla natura delle cose, ma perchè le leggi civili nè vi hanno arrecato, nè possono arrecarvi cambiamento alcuno. La legge non può far sì che una cosa corporale non sia sempre tale; e viceversa. Non è così riguardo ai mobili ed agl'immobili. Noi andremo fra poco ad osservare che alcune cose sono ora mobili ed ora immobili, secondo il rapporto sotto del quale la legge le considera.

*

SEZIONE PRIMA.

Dei beni corporali.

I beni corporali sono quelli che hanno una esistenza reale ed effettiva e che cadono sotto i sensi, come un cavallo, una casa.

439 I beni corporali sono mobili o immobili (3). 516

I mobili sono in generale gli oggetti che possono trasportarsi da un luogo ad un altro, sia da se stessi, come gli esseri animati (4), sia in virtù di una forza estrinseca, come le cose inanimate. 528 451

(3) Avvi infinite circostanze nelle quali è essenziale il determinare se una cosa sia mobile o immobile. Due individui si maritano sotto la regola della comunione: questa comprende i mobili, ma non gl'immobili che essi possedevano al momento del matrimonio. Un testatore ha fatto un legato di tutti i suoi mobili, ed un altro di tutti gl'immobili. Bisogna ben conoscere nel primo caso ciò che cadrà o no nella comunione; e nel secondo ciò che ciascun legatario avrà dritto di reclamare. Nella procedura, le azioni concernenti i mobili si portano generalmente innanzi al giudice del domicilio del convenuto. Quelle che sono poi relative agl'immobili si portano ordinariamente innanzi al giudice del luogo della lor situazione.

Nulladimeno questa distinzione anticamente era molto più importante, perchè le Costumanze riconoscevano eredi de' mobili, ed eredi de' beni proprii, i quali erano degl'immobili; e d'altronde le leggi relative alle successioni essendo differenti, secondo le diverse Costumanze, bisognava ancor distinguere i mobili dagl'immobili, perchè la successione de' primi era sempre regolata dalla Costumanza del domicilio del defunto, dovunque essi si ritrovassero; mentre che la successione de' secondi veniva regolata dalla legge del luogo della lor situazione. Attualmente che la legge è unica, nè ha più riguardo alcuno alla natura o alla situazione de' beni, questi motivi di distinzione non più esistono.

(4) Noi abbiain sostituito queste espressioni alle parole *gli animali*, inserite nell' art. 528 † 451 onde comprendervi i negri, riguardati nelle colonie come cose mobili. (*Editto di marzo 1685*, detto *il Codice negro*, art. 44). Intanto a' termini dell' articolo 48, le fabbriche di zucchero, d'indaco, o altri stabilimenti non possono esser sequestrati realmente senza comprendervi gli schiavi che vi lavorano, dall' età di quattordici a sessant'anni, i quali non possono essere separatamente sequestrati, se non che pel rimanente prezzo dovuto della di loro compra. Ma questa è una particolar disposizione stabilita relativamente a queste sorte di coltivazioni, e perchè uno stabilimento non rimanga tutto ad un tratto sprovvisto degli schiavi necessari al prose-

Noi diciamo *in generale*, poichè in dritto si pongono nel numero degl'immobili diversi oggetti che per la loro natura appartengono alla classe dei mobili. Anzi per questa ragione ci occuperemo in primo luogo degl'immobili, e ne faremo conoscere le differenti specie (5).

517 Gl'immobili sono tali o per la loro natura o per la
440 loro destinazione (6).

I beni immobili per loro natura son quelli che non
518 possono trasportarsi da un luogo all'altro, come i terreni
441 e gli oggetti ad essi aderenti, come gli edificj (7), i mo-
519 lini a vento o ad acqua fissi su pilastri e formanti parte
442 dell'edifizio (8). Le miniere sono egualmente beni im-

guimento de'suoi lavori. Il medesimo spirito ha dettato l'articolo 1064 § 1020 del Codice civile per ciò che concerne i bestiami, e gli utensili esistenti nei fondi rurali compresi in una donazione.

(5) Perchè allor quando noi conosceremo tutte le differenti specie d'immobili, onde dar idea delle cose che la legge riguarda come mobili, basterà dire esser tutte quelle non comprese nella classe degl'immobili.

(6) Forse sarebbe stato più esatto il dire *per accessione*; ma il Codice avendo consacrata l'espressione *d'immobile per destinazione*, io non ho creduto doverla cambiare. Per conoscere più partitamente le cose che debbono essere riguardate come l'accessorio di un fondo, osservate i Titoli del Digesto, *de act. empt.*, e *de instructo vel instrum. legato*; (Osservate anche POTHIER, della Comunione, num. 32 e seg.

(7) Se questi siano inerenti al fondo. È in questo modo che la legge 18, ff. *de act. empt.* decide con ragione, che una casa di legname non è immobile, se non quando i piovoli i quali la sostengono siano conficcati nel terreno. Altrimenti è un mobile. (Argom. tratto da quel che vien detto riguardo ai molini nell'art. 518 § 441).

(8) Tutte le volte che siano stati costruiti sul fondo dal proprietario. POTHIER pensa con ragione, che un molino costruito dall'usufruttuario sul fondo da cui ritrae l'usufrutto, sia mobile e cada in conseguenza nella comunione che può esistere fra lui e sua moglie, ec. Lo stesso sarebbe di ogni altro edifizio; e con maggior ragione, se si fosse costruito dall'affittuale.

In generale, l'edifizio non è immobile se non come un accessorio del fondo, ed allora dee appartenere al proprietario del fondo. Ma quando appartiene ad un altro, non potendo essere più considerato come accessorio del fondo, perde ciò che gli dava la qualità d'immobile. D'altronde ove vien considerato come appartenente al fittajuolo o all'usufruttuario, bisogna considerarlo come distaccato dal fondo; altrimenti apparterebbe al proprietario, poichè la proprietà del suolo porta seco quella della parte superiore e della inferiore (art. 552 § 477). Distaccato dunque dal fondo, non è più un edifizio; sono semplici materiali, e per conseguenza beni mobili.

134 LIB. II. *Della distinzione de' beni, della proprietà ec.*
mobili, non che le fabbriche, macchine, pozzi, gallerie
ed altri lavori stabiliti nel luogo per iscavarle (art. 8
della legge del 21 aprile 1810, boll. n.° 5401).

Le ricolte sono del pari immobili se pendenti dalle
loro radici; così pure i frutti degli alberi non peranco
staccati (9): ma secondo che le biade sono tagliate ed i 520
frutti colti, divengono mobili, quantunque non ancora 443
trasportati (10). I boschi cedui o di alto fusto destinati

(9) *Quia fundo adhaerent.* Osservate intanto, che ove il pro-
prietario venda il raccolto o il taglio degli alberi in piedi, esso diviene
mobile nella mano del compratore, anche prima di essere stato eseguito
il taglio. Di fatti esso non era immobile nelle mani del proprietario, che
come un accessorio del fondo che gli apparteneva. In mano del com-
pratore non essendo più un accessorio del fondo, cessa dunque di es-
sere immobile. Ecco perchè le ricolte appartenenti ad un minore pos-
sono vendersi senza le formalità richieste per la vendita de' suoi im-
mobili; e per la stessa ragione si può sequestrare una raccolta pendente
dalle sue radici senza ricorrere alle forme del sequestro immobiliare.
(Cod. di proced. art. 626 § 717 e seguenti). In una parola i frutti
sono immobili, qualora si considerano come formanti una cosa stessa
col fondo; ma allorchè si considerano come dovendo essere distaccati
dal fondo, sono mobili. Secondo gli stessi principj fu deciso in cassa-
zione il 29 marzo 1816, che la vendita del dritto di cavare una pe-
tiera, era una vendita puramente mobiliare. (SIREY, 1817, 1. par.
p. 7), ed anche che se un taglio di legname è stato venduto suc-
cessivamente a due persone, l'acquirente di buona fede che ne è in
possessione reale, dee esser preferito, quantunque posteriore di data,
in conformità dell'art. 1141 § 1095. Decis. di cas. degli 8 marzo
1820 (boll. n. 26) e 21 giugno 1820 (SIREY, 1821, 1. par. p.
109) (a).

(10) Fa d'uopo intanto eccettuar il caso del sequestro immobiliare,
nel quale i frutti percepiti dopo l'intimazione del sequestro vengono
riputati immobili e distribuiti in conseguenza secondo l'ordine delle
ipoteche. La disposizione stessa ha luogo riguardo ai pigioni ed ai fitti,
purchè non vi sia stato sequestro giudiziale (Proced. art. 689 § 767
e 691 § 769).

Ma questa è una disposizione speciale in favore de' creditori ipo-
tecarij, che avendo messo sotto le loro mani gl'immobili sequestrati,
debbono avere su questi immobili gli stessi dritti del proprietario.

(a) Aggiungasi a ciò che la stessa Corte di cassazione francese
dichiarò colla decisione del 24 maggio 1815 che il taglio di una selva
cedua sia di sua natura e secondo la sua destinazione un mobile non
un immobile, tra il compratore ed il venditore; e con quella del 21
giugno 1820, riportata dall'Autore, rigettando la decisione della Corte
di Besanzone, stabilì che se questo taglio fosse stato venduto suc-
cessivamente a due compratori, dovess'esser preferito quegli che ne
avesse avuta la tradizione, la quale in questo caso risulterebbe da

521 a regolari tagliamenti sono egualmente immobili sino a 444 che non vengano abbattuti (11).

(11) Salva la distinzione cennata nella precedente nota.

L'articolo 521 + 444 dice, che i tagli ordinarij de' boschi cedui o di alto fusto destinati a regolari tagliamenti, non divengono mobili che in proporzione ed a misura che gli alberi vengono abbattuti. Dee dunque conchiudersene, che i boschi di alberi di alto fusto non sottoposti a taglio regolare allora diventano mobili quando vengono abbattuti? Questo ha bisogno di qualche spiega.

Prima di ogni altro sembra dalla redazione dell'articolo, che il legislatore abbia voluto unicamente decidere la questione, se i boschi soliti a tagliarsi regolarmente siano o no beni mobili dall'istante in cui debb'esser fatto il taglio, anche prima di essere abbattuti; ed ha deciso ragionevolmente la negativa. Ecco perchè egli non ha fatto menzione che de' boschi di alberi di alto fusto destinati a tagliarsi regolarmente, giacchè in fatti riguardo agli altri non poteva cadere alcuna quistione. Ma, del resto, fra queste specie di boschi esiste una importante differenza ch'è essenziale di far rilevare e che dipende dal che questi tagli fatti ad epoche determinate, vengon riguardati come frutti suscettibili come tutti gli altri frutti d'esser percepiti periodicamente e in certe determinate epoche; mentre che gli alberi di alto fusto non destinati a tagli regolari, non vengono tagliati che per lo bisogno del proprietario, e quando con segni di caducità annunziano che fa d'uopo abatterli per tirarne qualche profitto. Questa differenza nella natura di tali sorta di beni risulta dalla combinazione degli art. 590, 591, e 592 + 515, 516 e 517.

Allorchè si tratta di un taglio ordinario di un bosco ceduo o di alto fusto destinato a tagliarsi regolarmente, egli è certo che gli alberi abbattuti sono beni mobili, non solo riguardo al compratore, ma bensì riguardo a tutti. Perciò fu deciso in cassazione il 26 gennaio 1808 (Sirey, 1809, I. par. p. 65), che il creditore ipotecario non poteva impedire il taglio de' boschi cedui esistenti su i fondi a lui ipotecati, qualora venisse fatto all'epoca ordinaria. Questa decisione è giustissima. Il bosco ceduo pervenuto al punto in cui debb'esser tagliato, si riguarda come un frutto alla di cui percezione il creditore non ha per opporsi maggior dritto che al falciamento di un prato, o alla raccolta di una messe. Egli, se il credito sia esigibile, può solo sequestrare il taglio, siccome potrebbe farlo riguardo ad ogni altro frutto; ma allora il prezzo del taglio sarebbe, come cosa mobile, distribuita per contributo tra i creditori, senza distinzione d'ipotecarj o chirografarj. Per evitare questo inconveniente il creditore ipotecario dovrebbe dunque anteriormente all'epoca del taglio far sequestrare il fondo e dar notizia del sequestro al debitore; ed allora il prezzo del taglio posteriore sarebbe immobilizzato, come tutti gli altri frutti scaduti e percepiti dopo tale denuncia, e per conseguenza distribuito per ordine di ipoteche (a).

un principio di coltivazione. V. in SIREY tom. 15, par. 1. p. 335, e tom. 21, par. 1, pag. 109.

(a) V. nelle Osservazioni §. VII num. 1.

I beni immobili per destinazione son quelli che essendo naturalmente mobili, vengono non pertanto riguar-

Per la ragione stessa, il prezzo di questo taglio cadrebbe nella comunione esistente fra il venditore e sua moglie, e ciò senza indennità. Se il taglio appartenesse ad un minore, potrebbe esser venduto dal tutore senza autorizzazione, ec.

Ma se si trattasse di un taglio di alberi di alto fusto che non sogliono tagliarsi regolarmente, gli alberi abbattuti sarebbero sempre beni mobili riguardo al venditore che usa de' suoi dritti, ed al compratore; ma non sarebbe lo stesso riguardo ai terzi che vi fossero interessati, nè riguardo al venditore che non avesse la libera amministrazione de' suoi beni.

Riguardo ai terzi: quindi il creditore cui fosse il fondo ipotecato, avrebbe il dritto di esigere il nuovo impiego del prezzo del taglio, o il rimborso del suo credito. Così fu deciso in Parigi il 17 luglio 1727 secondo un arresto riportato da Lacombe alla parola *arbres*, n. 1; e per conseguenza se il prezzo non fosse pagato dovrebbe esser distribuito per ordine tra creditori che hanno ipoteca sul fondo.

La comunione che avesse ricevuto il prezzo di questo taglio, sarebbe tenuta d'indennizzare il conjugo proprietario del fondo.

Se il fondo fosse sottoposto ad un usufrutto, il prezzo del taglio apparterebbe al proprietario, e non all'usufruttuario, ec. (a).

Riguardo al venditore: se questi fosse minore, il tutore non potrebbe fare un somigliante taglio senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia. Se il minore fosse emancipato, egli non potrebbe riceverne il prezzo, che dovrebbe essere impiegato dal suo curatore.

Ma fuori di questi casi ed altri simili, tutte le volte che un bosco di alto fusto vien abbattuto dal proprietario esercitante i suoi dritti, e senza pregiudizio de' terzi, esso è un mobile come il bosco ceduo, sia stato o no solito per l'addietro ad esser tagliato regolarmente; per conseguenza gli alberi tagliati potrebbero esser sequestrati con le formalità richieste solamente pe' mobili. La vendita di questo taglio non darebbe luogo che al dritto del registro del mobiliare. Intanto si decideva, e forse con ragione, che qualora il compratore della superficie non abbattuta diveniva poco dopo proprietario del fondo, era dovuto il dritto immobiliare anche sul prezzo della superficie. Si presumeva in questo caso, che il bosco di alto fusto si fosse venduto come accessorio del fondo, e che le parti avevano fatto degli atti separati sol per eludere la legge dell'imposizione immobiliare. Peraltro sembra

(a) Sarebbe lo stesso se in una divisione si desse ad uno il suolo e ad un altro gli alberi di alto fusto che compongono la superficie. Questi alberi essendo allora destinati ad essere abbattuti diventano mobili, e perdono anche il nome di alberi; essi non sono che tegname (V. TOULLIER a questo tit. n. 11) (a).

(a) Non piace al critico Spinnael questa spiega, e trovandola inesatta crede che bisogna dire gli alberi diventar mobili nelle mani del compratore, perchè la proprietà de' medesimi è stata già staccata dal suolo V. le Note critiche pag. 31.

dati in dritto come formanti parte d'immobili, e che debbono quindi partecipare della loro natura (12).

Tali sono: 1. le cose le quali non possono essere possedute per loro stesse, e che non ci appartengono che come un accessorio del fondo ove si trovano, come
 524 i pesci delle peschiere, i conigli delle conigliere, i pic-
 447 cioni delle colombaje. Non è lo stesso dei conigli dome-
 stici, dei piccioni nelle gabbie, o dei pesci messi in un vivaio o serbatoio (13);

che sia ora ammessa l'opinione contraria, siccome risulta da due arresti di cassazione degli 8 settembre 1813, (SIREY, 1816, 1. par. p. 15) e 21 marzo 1820. (Ivi, 1821, 1. par. p. 119).

Osservate che i piantoni de' semenzai sono immobili, sinchè non vengono svelti.

Quid riguardo a' fiori, arbusti, ec? Essi sono immobili se siano stati piantati nel terreno; altrimenti se in casse o vasi, quand' anche questi fossero messi nel terreno. I bulbi de' fiori, quelli ancora che si ritirano dalla terra durante l'inverno, rimangono sempre immobili per destinazione, ma bisogna che siano stati messi nella terra, almeno una volta. Quelli che si fossero comprati per piantarli, e che nol furono ancora, conservano la di loro qualità di mobili. La stessa distinzione dee aver luogo riguardo ai pali delle viti. (L. 17. §. 11. ff. de act. empt.).

(12) In questo modo l'ipoteca su di un fondo, colpisce tutti gli oggetti immobili per destinazione, relativamente a questo stesso fondo. V'ha questa differenza però, che il fondo non può perdere la sua qualità d'immobile che distruggendosi intieramente; dal che risulta che l'ipoteca sempre lo siegue in tutte quelle mani fra le quali si ritrova: gli altri oggetti al contrario non essendo immobili che come accessori del fondo, cessano di esser sottoposti all'ipoteca dal momento in cui sono passati in mano di terze persone, separatamente dal fondo. Ecco su qual principio è fondato l'art. 2119 § 2005 il quale dice, *che l'ipoteca sopra i mobili non ha luogo quando passano ad un terzo.*

(13) La ragion della differenza nasce dall'essere questi animali del genere di quelli chiamati *ferae naturae*. Or questa sorte di animali, siccome tutte le altre cose dette *nullius*, che non appartengono ad alcuno, vengono generalmente acquistate dal primo occupante, come lo vedremo nel Libro seguente, e salva l'esecuzione de' regolamenti relativi alla caccia ed alla pesca. Essi non sono dunque *in bonis nostris*, e noi non possiamo dire di possederli, che qualora siano stati da noi presi e che li abbiamo nelle mani, *sub custodia nostra*, come in una conigliera, in una gabbia, o in un serbatoio: allora essi conservano la loro qualità di mobili. Ma qualora essi godono della propria libertà, che sono, come dice POTHIER, *in laxitate naturali*, come in una tana, in un colombajo, ec. non possiamo dire di possederli, ma bensì di possedere una tana ripiena di conigli, un colombajo ingombro di piccioni, ec.; questi animali dunque non sono in quanto al dritto del pro-

2. Gli oggetti che il proprietario (14) di un fondo ha assegnato pel servizio e la coltivazione del medesimo; e colla intenzione presunta che vi restino perpetuamente stabiliti (15); per esempio:

Gli animali addetti da lui alla coltura (16), sia che ivi coltivi egli stesso, sia che abbia dato in fitto il suo terreno. In quest'ultimo caso essi conservano la qualità d'immobili, quand'anche fossero stati stimati (17) e consegnati all'affittuario. Ma essi non la conservano se non fino a tanto che sono inservienti al fondo in vigore della convenzione (18).

Quelli che sono dati a socida (19) dal proprietario

prietario qualche cosa distinta dalla tana; o dal colombajo, di cui essi al contrario non sono che gli accessori, e della natura de' quali essi debbono in conseguenza partecipare.

(14) Se tali oggetti fossero stati posti dal fittajuolo o dall'usufruttuario, sarebbero beni mobili: nè potrebbero essere considerati come l'accessorio del fondo; e d'altronde, non si può supporre che chi li ha posti abbia avuta l'intenzione di farli perpetuamente colà rimanere. Questo conferma la precedente nota 8 pag. 133.

(15) Così una sala costruita in un giardino, anche dal proprietario, ma per una festa, e per esser in seguito demolita, sarebbe mobile.

(16) Questa disposizione non esisteva nel dritto antico. Potruza dimostra nel suo *trattato della comunione* num. 44 quanto era utile che fosse adottata.

(17) Poichè la stima in questo caso non vien considerata come fatta nell'intenzione di trasferire al fittajuolo la proprietà di questi animali, ma solamente di porli a suo rischio, e di determinare preventivamente il prezzo che dovrà egli pagare ove non gli esibisca al termine del fitto. (Art. 1822 + 1668).

(18) Se adunque il proprietario gli vendesse realmente al fittajuolo, essi diventerebbero mobili, benchè restassero sul fondo, poichè non vi sarebbero più per effetto della primitiva convenzione.

Quid riguardo alle greggi di pecore o altri animali appartenenti al proprietario, e dimoranti su di un fondo da lui coltivato? Ecco il caso d'ammettere la distinzione della legge 9 ff. *de instructo vel instrum. legato*. Se le greggi siano state unicamente acquistate per rivendersi dopo ingrassate, o per venderne il frutto, esse sono mobili; ma fatto colla mira d'ingrassare il fondo, sono immobili. (Arg. tratto da ciò che diremo intorno al letame. Vedete la seguente nota 21).

(19) Il contratto di socida o soccio è quello col quale una delle parti dà all'altra tutto o porzione del bestiame per custodirlo, nutrirlo, ed averne cura sotto condizione di dividerne il guadagno e la perdita, giusta le rispettive convenzioni. (Riscontrate il Tit. della *cazione*).

ivi del fondo (20) all'affittuario od al colono parziario;
523 I condotti che servono a portare le acque;

446

Gli strumenti oratorj;

La paglia e il concime destinati al miglioramento del
fondo (21);

Le sementi somministrate agli affittuarj ovvero ai co-
loni (22);

Gli alveari (23);

I torchi, le caldaje, i lambicchi, i tini e le botti (24);

(20) È evidente, che se gli animali sono dati a soccio da ogni al-
tro che dal proprietario del fondo, essi conservano la loro qualità di
mobili. Essi non sono allora l'accessorio del fondo, nè colui al quale
appartengono ha potuto aver l'intenzione che rimanessero in perpetuo su
di un fondo di cui egli non è il proprietario.

(21) Altrimenti se siansi radunati per rivendergli e farne merca-
to; sono allora mobili. (L. 17, §. 2 ff. de act. empt.) (a).

(22) Il colono parziario è quegli che prende in affitto un fondo
rustico a condizione di dare per l'estaglio una parte aliquota dei frutti
che si raccolgono in ciascun anno. Questa porzione è per lo più la me-
tà; ecco com'è venuta la parola di *metayer*, nome che si dà in mol-
ti paesi a questa sorte di fittuarj.

(23) Questo anticamente veniva contraddetto. CHOPIN e LEBRUN erano
dello stesso avviso dell'articolo. POMIER riguardava le api come mobili.
Bisogna confessare che la sua opinione sia più conforme ai principj da noi
stabiliti nella precedente nota 13 p. 137. Noi non possediamo le pecchie per
loro stesse, ma come l'accessorio dell'alveare ch'è un mobile. Esse dovreb-
bero esser dunque mobili, come l'alveare. Ma avendo deciso il Codice formal-
mente il contrario, ogni ulteriore ragionamento riuscirebbe inutile. Sembra
che anche in Inghilterra si segua la stessa dottrina, almeno a quel che
può giudicarsi da ciò che dice BLACKSTONE, tom. 3. cap. 25.

(24) Si distinguevano anticamente le diverse specie di torchi e di
tini; non si consideravano come immobili che quelli fra tali oggetti i
quali non potevano trasportarsi senza disarmarsi: i rimanenti venivano
considerati come mobili. Oggigiorno il Codice gli colloca tutti senza
distinzione nella classe degl'immobili, purchè siano stati destinati dal
proprietario al servizio ed alla cultura del fondo (b). Per questa ragio-
ne è stato giudicato in cassazione il 4 febbraio 1817 (SIREY, 1817, 1.

(a) La paglia e 'l concime e non il feno che pure è un raccolto
e di cui l'art. 524 † 447 non parla affatto. (TOULLIER, l. c. n. 13).

(b) Ma non le caldaje e lambicchi, nè i tini e le botti in una
cantina. Bisogna, perchè questi oggetti siano riputati immobili, che
il proprietario li abbia posti pel servizio o la coltura del podere (TOUL-
LIER ivi). Bensì i bagelli, caldaje ed altri utensili di un tintore sono
immobili per destinazione, in modo che i creditori ipotecarii su di
una tintoria debbon esser pel prezzo di questi utensili preferiti ai
chirografarii, come decise la Corte di Grenoble nel 26 febbrajo 1808—
SIREY, tom. 7, par. 2 pag. 1010.

140 LIB. 11. *Della distinzione de' beni, della proprietà ec.*

Gli utensili necessarj all'uso delle fucine, cartiere ed
altre fabbriche; 524
447

Gli utensili, attrezzi e stigli che servono allo scavo delle miniere, non che i cavalli esclusivamente addetti agl'interni lavori delle medesime. (*art. 8 della legge del 21 aprile 1810*, boll. n.° 5401). Ma sono mobili le materie estratte, le provvisioni ed altri oggetti mobiliari. (*art. 9 della detta legge*) (a).

Finalmente tutti gli oggetti incastrati, o quando non possono distaccarsi senza rottura o deteriorazione sia degli oggetti medesimi, sia della parte del fondo cui sono aderenti.

Vi sono anzi degli oggetti i quali benchè non inerenti in alcun modo al fondo, vengono pur nondimeno riguardati come immobili, quando il fondo è talmente preparato a riceverli che se non vi fossero parrebbe mancarci alcuna cosa (25): tali sono gli specchi, quadri ed altri ornamenti allorchè formano corpo col rimanente del tavolato. (b) Si dica lo stesso delle statue quando sono collocate in nicchie espressamente formate per riceverle (26). 525
448

Bisogna osservare, del rimanente, che gli oggetti mobili destinati dal proprietario al servizio del fondo, non acquistano la qualità d'immobili che in ragion dell'impiego che ne fa il proprietario, e che non la conservano se non fino a tanto che detto impiego non è cambiato dal proprietario medesimo: così i materiali provegnenti dalla demolizione di un edificio e quelli raccolti per co-

par. p. 359) che in una fabbrica di birra i tini erano immobili per destinazione (c).

(25) *Cum posita sunt ad integrandam domum*, dice POTHIER, della Comunione, n. 55; *ea esse aedium solemus dicere*, dice ULPIANO (L. 13 §. ult. ff. de act. empt.) *quae pars aedium sunt, vel propter aedes habentur*.

(26) Purchè tali oggetti siano stati tutti messi dal proprietario.

(a) V. questa legge nel SIREY tom. 10, parte 2. pag. 177.

(b) *Infixa et inaedificata pars aedificiorum esse videntur* dice la legge 21 ff. de Instruc. vel Instrum. leg.

(c) Ma il cavallo e la carretta di un fabbricante di birra non sono immobili per destinazione; come decise la Corte di Bruxelles nel 5 giugno 1087 (SIREY, 7, 2, 1052).

532 struirne un nuovo, sono mobili sino a che gli uni e gli
457 altri non siano impiegati in qualche costruzione (27).

Dopo aver fatto conoscere gli oggetti immobili, sia per loro natura sia per destinazione, basterà, a dare un'idea di quelli che debbono come mobili considerarsi, il dire in generale, esser essi i beni che sono tali per loro natura, e che non van compresi nelle eccezioni summentovate, qualunque sia d'altronde il loro volume o valore.

531 Così, i diamanti, le pietre preziose, gli argenti, i
456 battelli, le chiatte, i molini, i bagni su battelli, e generalmente ogni edificio non fisso sopra pilastri e non formante parte della casa, sono mobili. Così pure le navi e i bastimenti di qualunque natura e tonnellaggio, il tutto senza pregiudizio delle disposizioni contenute negli art. 620, 741 e 621, 742 del Codice di procedura, e 197, 990 e seguenti del Codice di commercio relativamente alle particolari prescrizioni da seguirsi pel sequestro e la vendita di tali oggetti (28).

I mobili si dividono in cose fungibili e non fungibili (29).

(27) I Romani faceano una distinzione a questo riguardo. Essi consideravano come mobili i materiali riuniti per costruire un edificio, e come immobili quelli che si erano distaccati da un edificio, per rimetterveli nuovamente; *ea quae ex aedificio detracta sunt, ut reponantur, aedificii sunt; at quae parata sunt ut imponentur, non sunt aedificii.* (L. 17. §. 10 ff. de act. empt.) Questa distinzione così ragionevole può ben conciliarsi con la disposizione del Codice, se intendesi l'art. 532 † 457 circa ai materiali provegnenti da un edificio intieramente demolito, i quali sono certamente mobili, fino a che non siano impiegati in altra costruzione. Ma per quelli momentaneamente distaccati per oggetto di riparazione, e per esser in seguito riallogati, io penso ch'essi conservino la loro qualità d'immobili. *Posita sunt ad integrandam domum.* (De osservarsi una decisione di Lione del 23 dicembre 1811, trascritta in SIREY, 1813, 2. par. p. 307) (a).

(28) E senza pregiudizio ancora delle disposizioni contenute negli art. 190 e 191 † 196 e 197 del Cod. di commercio, relativi ai debiti a' quali i bastimenti possono specialmente esser affetti.

(29) Questa distinzione è necessaria, specialmente all'intelligenza

(a) Ecco la massima riassunta da questa decisione e riportata dal SIREY nel cit. luogo „ L'art. 532 del Codice civile che dichiara mobili i materiali provenienti dalla demolizione di un edificio si applica pure nel caso in cui l'edificio si sia demolito a solo oggetto di costruirne un altro in suo luogo col dovervi rimpiiegare gli stessi materiali. „

Le cose fungibili sono in generale (30) quelle di cui non si può usare senza consumarle o almeno senza cambiarne la natura (31), come il vino le biade ec. L'ar-

delle disposizioni relative all'usufrutto, al prestito ad uso o di consumo. Queste due specie di cose differiscono principalmente, riguardo al dritto, in ciò, che per le cose non fungibili, il dritto del godimento può esser distinto da quello della proprietà, ed appartenere ad una persona diversa dal proprietario mentre che applicandosi alle cose fungibili, questi due dritti necessariamente si confondono (a).

(30) Noi diciamo in generale, perchè è possibile che il modo con cui si considera una cosa, sia secondo l'uso che se ne fa comunemente, sia in virtù di convenzione, le dà la qualità di cosa fungibile, benchè realmente non si consumi, o che la sua natura non venga realmente cambiata coll'uso; così, certamente gli animali non sono in generale cose fungibili, ed intanto i pesciolini che servono a popolare gli stagni, ed altri serbatoi di acqua, potrebbero esser l'oggetto di un prestito di consumo, il quale non può pertanto comprendere che delle cose fungibili, poichè non può presumersi che chi presta una quantità di que' pesciolini, abbia avuta l'intenzione che gli fosser restituiti gli stessi pesciolini *in specie*, o, come dicono gli autori, *in individuo*; ma bensì un' egual quantità di simili pesciolini.

(31) In tal guisa una pezza di tela potrebbe secondo le circostanze essere fungibile o non fungibile; di fatti se questa vien prestata, a modo di esempio, per servire momentaneamente ad adobbo, egli è certo che la stessa pezza debb'essere restituita, e che per conseguenza, essa vien considerata come cosa non fungibile: ma se vien prestata per farne degli abiti, come in questo caso non può farsene uso senza tagliarla, alterarla, e perciò cambiarne la natura, e senza ch'essa cessi di essere una pezza di tela, va considerata quale cosa fungibile, poichè è impossibile di restituirla *in individuo*.

Riflettete che le cose fungibili sono così dette, *quia una fungitur vice alterius*; cioè una può essere rimpiazzata dall'altra; ciò che conferma le distinzioni che abbiamo già stabilite.

Una bottega è cosa fungibile? Sembra essere stata decisa l'affermativa da un arresto della Corte di cassazione del 9 messidoro anno 11 (Sirey, tom. 4, 1. par. p. 89); e la negativa da un'altra decisione della Corte stessa del 10 aprile 1814 (*ibid.* 1814, 1. par. pag. 238). In verità nel caso di quest'ultima decisione le circostanze potrebbero avervi influito. Io penso che in punto di dritto, la

(a) Onde il nome di fungibili? L'origine di questo nome è da fungendo, poichè nel restituirsi le cose ricevute a prestito, quel che dal debitore si restituisce fungitur vice di quello che fu ricevuto. Il giureconsulto Paolo diè occasione a questa voce nella l. 2. §. 1 ff. de reb. cred., che mirabilmente il Bynkersoechio in tal modo ripristinò nell'osservazione 1, 10. Mutui datio consistit in his rebus quae pondere numero mensura consistunt: quoniam eorum datione possumus in creditum ire quae in genere suo solutionem recipiunt tam per *FUNCTIONEM* quam in specie.

gento monetato è pure cosa fungibile; dapoichè quantunque la moneta rimanga sempre la medesima, essa perisce non pertanto per chi l'impiega, *utenti perit*.

Le cose non fungibili son quelle che si alterano in verità, ma che non si consumano interamente, o di cui non si cambia la natura col primo uso: tali sono le vesti, i mobili di un appartamento, ec.

SEZIONE II.

Dei beni incorporali.

Appelliamo incorporali quei beni i quali non consistono che in un dritto, e per così dire non esistono che civilmente (32): tali sono i crediti, le azioni, le servitù attive.

Questi beni non avendo dunque reale ed effettiva esistenza, ne risulta che non possono avere natura diversa da quella dell'oggetto cui si riferiscono (33). Saranno dunque mobili o immobili secondo che tale sarà quest'oggetto: quindi qualunque credito pecuniario o di effetti mobili è mobile, sia che abbia per oggetto somme 529 o cose esigibili, o rendite perpetue (34) o vitalizie, 452 tanto sullo Stato che sopra particolari (35).

bottega, o fondaco propriamente detto, cioè il concorso d'avventori al medesimo debb'esser riguardato come cosa non fungibile: ma che le mercanzie che guarniscono il detto fondaco o bottega sono evidentemente cose fungibili; di fatti la necessità del commercio esige che possano esser rimpiazzate da altre, *ut una fungatur vice alterius*; ciò che forma il carattere della cosa fungibile.

(32) *Quae tangi non possunt, et quae in jure consistunt*; (Instit. lib. 2 Tit. 2 §. 2).

(33) *Qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur* (L. 15, ff. de regulis juris).

(34) Anticamente nella maggior parte de' paesi che si governavano con le Costumanze, le rendite perpetue venivano riguardate come immobili.

(35) Bisogna nulladimeno osservare riguardo alla rendite sopra particolari, che senza uscire dalla classe de' mobili, non possono esser sequestrate che con particolari formalità; intorno alle quali possono osservarsi gli art. 636 † 726 e seg. del Cod. di procedura. Quanto alle rendite sullo Stato, esse non sono soggette a sequestro. (Legge dell'8 nevoso anno 6).

Le azioni o interessi (36) nelle società di finanza, di commercio o d'industria sono egualmente mobili (37); quand' anche queste società fossero proprietarie d'immobili (38); senza che per altro tale disposizione possa

(36) L'azione differisce dall'interesse in ciò, che l'interessato è quel che si chiama *socio in nome collettivo* (Cod. di commercio art. 20 † 29 e seg.) Egli corre tutt'i rischi del negoziato, e può esser tenuto sui proprj beni per li debiti della ragione sociale. L'azionario all'opposto non è altro che socio in commandita; (*ibid.* art. 23 † 38 e 26 † 40) vale a dire egli non è soggetto a perdere al di là del valore della sua azione.

(37) Intanto a' termini dell'art. 7 del decreto del 16 gennaio 1808, (bull. n. 2953) i proprietarj delle azioni sul Banco possono, adempiendo certe formalità, dar loro la qualità d'immobili; nel qual caso le dette azioni vengono sottoposte alle disposizioni del Codice relative all'alienazione degl'immobili, ed ai privilegi ed ipoteche cui possono gl'immobili esser sottoposti. Queste azioni, e le rendite sullo Stato, possono anch'essere immobilizzate per fondar un maggiorato (*Statuto del 1 marzo 1808*, art. 2, 3, 4 e 5, *bullet.* n. 3207). Ma esse riprendono la loro qualità di mobili, se la domanda per l'istituzione del maggiorato venga rigettata o ritirata. (*Decreto del 21 dicembre 1808*, *bullet.* n. 4029). Tutte queste disposizioni vanno applicate alle azioni de' canali di Orleans e di Loing in virtù dell'art. 13 del decreto del 16 marzo 1810 (*Bullet.* n. 5355) (a).

Nota. Una decisione della Corte di Parigi del 2 maggio 1811, riferita da SIREY, 1814, 2. par. p. 213, stabilì che le azioni o interessi nelle società di finanze o d'industria, potevano essere sequestrate, e che se vi fosse luogo a promuoverne la vendita forzata, questa dovrebbe farsi dopo tre pubblicazioni nella curia di un notaro, e senza l'intervento di un apprezzatore giudiziario.

(38) Perchè la società è un essere morale, distinto dagli azionarj o interessati, che la compongono, e che sono tutti riputati suoi creditori. Or un credito non è immobile perchè sia esercitato contro un proprietario d'immobili. Non si saprà dunque se non al momento dello scioglimento della società, ed in seguito della divisione, se il tale o tal altro associato sia o no proprietario d'immobili; ed è perciò che l'articolo dice, che tali azioni o interessi sono riputati mobili riguardo a ciascun socio, e pel solo tempo in cui dura la società. Per la stessa ragione si dee tener per fermo, che l'ipoteca legale delle mogli de' socj non può esercitarsi, che sugli immobili spettanti al marito in seguito della divisione.

(a) Veggasi quel che diremo nelle Osservaz. a questo Tit. sull'immobilizzazione delle rendite sullo Stato. Del resto in Francia col decreto del 16 gennaio 1808 venne del pari ordinato che le azioni del Banco potevano essere immobilizzate in seguito di una semplice dichiarazione fatta dal proprietario nella forma de' trasferimenti, ed allora sono sottoposte alle leggi sui privilegi ed ipoteche come le proprietà immobili. V. SIREY, 8, 2, 124.

in nulla cambiare la natura dei dritti appartenenti tanto ai terzi durante la società (39), quanto ai socj medesimi *ivi* dopo il suo scioglimento.

In conseguenza dello stesso principio, qualunque azione tendente a rivendicare un immobile è riguardata come immobile anch'essa: tale è l'azione di revindicazione, di ricompera o di rescissione, quando si applica ad immobili. Un dritto di servitù è parimenti immobile, poichè la servitù non può essere stabilita che su di un fondo, della proprietà del quale ella è uno smembramento, come il *526* vedremo qui appresso nel Tit. seguente. Si dica lo stesso *449* dell' usufrutto di cose immobili (40).

Le rendite prediali erano anticamente riguardate come immobili, perchè non redimibili di lor natura e rappresentanti la cosa data in rendita, talchè per dritto comune il possessore del fondo, ancorchè gli fosse stato personalmente concesso, aveva la facoltà di riscattarsi dalla prestazione della rendita abbandonandolo. Siffatte disposizioni non hanno più luogo nell'ordine presente. Oggi qualunque rendita ancorchè perpetua stabilita pel prezzo della vendita o come condizione della cessione a *530* qualunque titolo fatta di uno stabile, è essenzialmente *453* redimibile (41), non ostante qualunque clausola contraria; *1911* salvo però sempre lo stabilire le epoche e condizioni *1783* del riscatto, come si vedrà nel capitolo delle *rendite* *costituite* nel Titolo del prestito. Il creditore, a dir vero, in *1654* mancanza del pagamento potrebbe rientrare in possesso *1500* del fondo: dritto comune concesso dall' art. 1654 a qualunque venditore d'immobili. Ma il debitore *personale* (42)

(39) Se dunque la società o compagnia proprietaria d'immobili è debitrice in suo nome verso de' terzi, quest'immobili potranno esser loro ipotecati: essi potranno farli sequestrare ecc.

(40) *Usufructus pars dominii est.* (L. 4. ff. de usufructu).

(41) Questa disposizione in seguito delle leggi attuali si applica alle rendite le quali erano prediali dal principio. Queste sono dunque diventate al presente semplici rendite costituite con ipoteca sull'immobile pel quale si debbono, ipoteca che può perdersi per mancanza d'iscrizione. Così fu giudicato in cassazione il 29 giugno 1813. (SIRRY, 1813, 1. par. p. 382.)

(42) Il debitore personale non può esimersi dalla prestazione della rendita abbandonando il fondo; ma bene il può quando non si agisce contro di lui se non in qualità di detentore, e coll'azione ipotecaria. Del pari, se si trattasse di una rendita prediale stabilita prima che la

146 LIB. II. *Della distinzione de' beni, della proprietà ec.*
non potrebbe più esimersi dalla prestazione della rendita abbandonando il fondo. Questa rendita avendo quindi perduto ciò che le dava il carattere d'immobile, è mobile come tutte le altre rendite costituite.

Nel terminare questo capitolo osserveremo che sinora abbiain preso le parole *beni mobili* nel loro più ampio significato. Ma spesso avviene che nell'uso si adoperano indistintamente i vocaboli *mobili*, *beni mobili*, *mobiglia*, *mobiliare*, ed *effetti mobili*, vocaboli che non sono affatto sinonimi in dritto. È perciò cosa essenziale lo stabilire in modo preciso il legal significato di ciascuno di essi.

Le parole *beni mobili*, *mobiliare*, *effetti mobili* significano generalmente tutto ciò che viene riputato mobile secondo le regole di sopra stabilite. L'espressione di *mobiglia* non comprende che i mobili destinati all'uso ed all'ornamento degli appartamenti, come tappezzerie letti sedie specchi (43) pendoli tavole ed altri oggetti di questa natura. Le statue i quadri (44) porcellane vi si comprendono egualmente, ma solo allorché fanno parte della decorazione di un appartamento; non è così ove formino collezione contenuta in una galleria, o stanza particolare. Indi segue che la vendita o la donazione di

legge dichiarasse mobiliari questa sorte di rendite, io penso che la medesima non potrebbe avere effetto retroattivo; ch'essa in conseguenza non ha potuto imporre al possessore del fondo un obbligo personale cui non era sottoposto, e che questo possessore può sempre liberarsi dalla prestazione della rendita, con abbandonarlo. Da osservarsi in Sirey, 1815, 1. par. p. 147, un arresto di cassazione degli 11 ottobre 1814, il quale sembra aver consacrato questo principio di non retroattività. Né osta quel che si è detto nella precedente nota relativamente alle antiche rendite prediali. Poiché è precisamente per esservi bisognata una disposizione espressa della legge onde togliere a queste rendite il carattere originario d'irredimibilità, che debbesi conchiuderne, aver esse conservato tutti gli altri caratteri che avevano, nel numero de' quali era quello di rimanere estinte coll'abbandono del fondo (a).

(43) Eccetto però quelli i di cui telari formano corpo col rimanente del tavolato, e che sono immobili ove appartengano al proprietario della casa (art. 525 § 448.)

(44) La medesima osservazione della precedente nota.

(a) Veggasi quel che abbiain detto nel nostro Trattato dell'enfiteusi, rapporto all'abbandono del fondo.

535 una casa mobigliata non comprende che la mobiglia (45),
 460 laddove la vendita o donazione di una casa con tutto
 quel che vi si trova, abbraccia tutti gli oggetti mobili
 436 qualunque sieno, tranne il danaro (46) ed i crediti i cui
 567 documenti possono trovarvisi depositati (47).

Quanto alla voce *mobili* impiegata sola, essa ha differenti significati secondo il senso della disposizione di cui fa parte (48). Quando non vi è alcuna indicazione

(45) Di fatti per casa mobigliata s' intende una casa fornita di mobili destinati al suo uso o adornamento, vale a dire di mobiglia. Per la stessa ragione non si debbono intendere che i mobili destinati alla mobiglia della casa stessa, e non quelli che vi si trovassero depositati, come i mobili di un' altra casa che si stia riparando, e che fossero stati trasportati nella casa venduta o donata, fino a che le riparazioni venissero terminate.

Quid riguardo alle carrozze ed ai cavalli? Si decise nello Châtelet il 31 marzo 1708, che le carrozze ed i cavalli di carrozza doveano esser compresi nel legato della mobiglia. Questa decisione vien riferita nell'antico DENISART alla parola *meubles* n. 13. Io non credo però che debba oggigiorno adottarsi questa decisione, stante il disposto dell' art. 533 † 458. In quanto ai cavalli da sella, non sono stati giammai compresi nella mobiglia.

Quid delle stoviglie? Son comprese sotto il nome di mobiglia, essendo i mobili della cucina.

Quid della biancheria? Bisogna distinguere: La biancheria di tavola può esser riguardata come mobiglia, ma non quell'a della persona. (Argom. tratto dall' art. 533 † 448.)

(46) In dritto romano lo stesso fu deciso dalla legge 92, §. 1, ff. *de legatis*. Tal disposizione è fondata sull' idea che il danaro contante non essendo reputato aver valore che siccome un segno, o un mezzo di procurarsi gli oggetti di cui si ha bisogno, si è creduto doverlo paragonare al titolo di un credito, il quale è nulla per se stesso, né altro vale che come un mezzo onde farsi soddisfare dell' oggetto compreso nel detto credito.

(47) Di fatti, il titolo non è il credito, ma la pruova del credito. Questo essendo una cosa incorporale, non può, propriamente parlando, essere in alcun luogo; o piuttosto è un dritto inerente alla persona del creditore.

(48) Così quando nelle disposizioni dell' uomo o della legge questo vocabolo si oppone alla voce *immobile*, significa tutti gli effetti mobiliari qualunque. Per esempio, se un testamento è così concepito: *io lego a Pietro tutt' i miei mobili, ed a Paolo i miei immobili*, io penso che Pietro potrebbe reclamare tutto il mobiliare. Si dica lo stesso nelle disposizioni della legge. (Osservate gli art. 826 † 745, 880 † 800, 1564 † 1377, 1565 † 1378, 2099 † 1968, ecc.) Vi sono anzi delle disposizioni in cui abbenchè il vocabolo *mobile* sia solo, e non in opposizione col vocabolo *immobile*, esso dee per tanto intendersi di tutt' i mobili, o almeno di tutti quelli che sono corporali. (Osservate gli art.

148 LIB. II. *Della distinzione de' beni, della proprietà ec.*
 che possa farla prendere in un senso piuttosto che in
 un altro (49), essa non comprende il contante i crediti
 le gemme i libri le medaglie gli strumenti di scienze
 arti e mestieri, le biancherie ad uso delle persone, i 533
 cavalli gli equipaggi le armi i grani vini fieni ed altre 458
 derrate, e nemmeno ciò che forma l'oggetto di un ne-
 goziato.

C A P I T O L O II.

DEI BENI CONSIDERATI NEI LORO RAPPORTI CON QUELLI CHE LI POSSEGGONO.

I beni considerati relativamente a coloro che li
 posseggono sono nazionali, comunali, o patrimoniali (50).

I beni nazionali son quelli che appartengono allo
 Stato, e ve n' ha di due specie: la prima comprende
 i beni che dipendono talmente dal demanio pubblico
 che senza cangiar natura (51) non possono più cessare

452 † 375, 805 † 723, 825 † 744, 2101 † 1970, 2102 † 1971, e
 molti altri di non dubbio senso). Ecco perchè io non ho creduto dover
 adottare interamente la redazione dell' art. 533 † 458, poichè prenden-
 dola alla lettera, ne risulterebbero delle conseguenze contrarie a tutt' i
 principj del dritto. Così, il locatore non potrebbe, per sicurezza de' suoi
 pigioni, sequestrare alcuno degli oggetti citati nel detto articolo. Il
 tutore non sarebbe obbligato di vendere i medesimi oggetti i quali ap-
 partenessero al suo pupillo, ecc.

(49) Se per esempio un individuo abbia lasciato a qualcheduno i
 suoi mobili, e che nel testamento non esista alcuna disposizione che
 possa far conoscere il senso dal testatore annesso alla voce *mobili* (a).

(50) Questa divisione non comprende, nè ha dovuto comprendere
 le cose non appartenenti ad alcuno, e di cui l' uso è comune, come
 l' aria, il mare, ecc. Quest' uso essendo regolato esso stesso, quando il
 caso lo esige, dalle leggi di polizia (art. 714 † 635), io non ho do-
 vuto occuparmene; peraltro esse sono veramente delle cose, ma non
 sono propriamente parlando de' beni.

(51) Poichè tali cose non essendo fuori di commercio che in ra-
 gione della loro natura e dell' uso cui son destinate, è chiaro ch' esse
 debbono rientrare in commercio da che questa natura, o quest' uso non

(a) Sarebbe stato più saggio terminar tutte le dispute, dice *TOUL-
 LIE*, L. c. n. 24, rendendo alla voce *mobili* il suo naturale significato.
 Non si sarebbe più quistionato sulla parola, quando che la disposi-
 zione dell' art. 533 † 458 lascia ancora de' dubbj, come l' ha osser-
 vato *MALEVILLE*.

di farne parte; come i pubblici camini, le strade e le vie che sono a carico del pubblico erario (52), i fu-

siano più i medesimi. Ecco perchè un bastione è fuori del commercio sino a che il paese è piazza di guerra, ma diventa suscettibile di esser proprietà privata, quando non v'è più fortezza, poichè in tal caso propriamente parlando non può dirsi più un bastione (art. 540 † 465 e 541 † 466) (a).

(52) Si distinguono tre sorte di pubblici camini:

1.° I grandi, sui quali vi sono le poste, e le pubbliche vetture. E sono i soli che vengono mantenuti a spese dello Stato.

2.° I camini vicinali che conducono da un comune all' altro, ma che non sono grandi strade, nè hanno poste nè vetture pubbliche. Queste specie di vie fanno parte dei beni comunali.

3.° Infine, i camini privati, i quali conducono a fondi particolari, e che non si sono stabiliti che per la loro coltivazione. Siccome questi camini ordinariamente appartengono *jure domini vel servitutis* ai proprietarj de' poderi per la coltivazione de' quali essi furono stabiliti, rientrano perciò nella classe de' beni patrimoniali (b).

Nota. La decisione della questione se un camino sia o no vicinale è della competenza de' prefetti, salvo il ricorso al ministro dell' interno. Lo stesso è riguardo alla usurpazione fatta sopra una strada vicinale. (Decr. del 3 settembre 1808 riferito da Sizy, 1817, 2. par. pag. 21). Ma quella di sapere a chi appartenga il terreno, è della competenza de' tribunali; e nel caso in cui sia deciso che il terreno su cui passa

(a) Tra le cose che sono fuori del commercio si numeravano le Chiese. Noi parleremo nelle Osservazioni a questo Titolo così dell'ammortizzazione riguardo ai luoghi pii ecclesiastici, come della sua abolizione in forza del concordato. In Francia il clero ed i corpi ecclesiastici non avevano più dritto di possedere nè di acquistare beni immobili per gli articoli organici del concordato decretati d' 8 germinale anno X. Ma questo anche colà venne cambiato colla legge de' 2 febbrajo 1817 che porta: „ Art. 1. Qualunque stabilimento ecclesiastico riconosciuto dalla legge potrà accettare coll' autorizzazione del Re tutti i beni mobili e immobili, o rendite che gli saranno dati con atti tra vivi o con atti di ultima volontà. Art. 2. Qualunque stabilimento ecclesiastico riconosciuto dalla legge potrà egualmente coll' autorizzazione del Re acquistare beni immobili o rendite. Art. 3. Gl' immobili o rendite appartenenti ad uno stabilimento ecclesiastico saranno posseduti a perpetuità dal detto stabilimento e saranno inalienabili, meno che l' alienazione non ne sia autorizzata dal Re „

Due riflessioni fa il TOULLIER su questa legge: la prima che non vi sia bisogno d' una legge per l' alienazione di questi immobili, bastando l' autorizzazione del Re; la seconda che questi beni non sono imprescrittibili, e quindi l' art. 2127 † 2133 del Codice civile è loro applicabile.

(b) Per rapporto alla nostra legislazione sulle strade V. quel che diremo nelle Osserv. al Titolo seguente.

*image
not
available*

539 lette ed unioni di terra che si formano nei fiumi o nelle 464
560 riviere navigabili o inservienti a trasporto, e finalmente 485
541 i terreni le fortificazioni ed i bastioni de' comuni che 466
più non sono piazze di guerra.

I beni comunali son quelli alla proprietà od al pro-
dotto dei quali gli abitanti di uno o più comuni hanno
542 un dritto acquisito (59). 467

L'amministrazione e l'alienazione dei beni nazionali
537 e comunali vanno soggette a regole particolari (60). 462

I beni patrimoniali son quelli che appartengono ai
privati. Di questa specie di beni sarà principalmente
trattato nel presente Corso.

Si può avere due specie di dritti intorno a questi
beni: il dritto nella cosa, detto *jus in re* o dritto rea-
le; ed il dritto alla cosa, detto *jus ad rem*.

Il dritto nella cosa è quello che dà la facoltà di
rivendicarla contro colui che la possiede qualunque ei
sia. Da questo dritto nasce l'azione chiamata *reale* (61).

Il dritto alla cosa è quello che abbiamo di agire

(59) Si è deciso in cassazione con arresto del 22 piovoso anno 12
rapportato dal sig. *MALEVILLE* sull'articolo 516 § 439, che i beni degli
ospizj non erano di proprietà nazionale; e che in conseguenza le discus-
sioni ad essi relative non erano della competenza delle autorità ammi-
nistrative. V. la nota seg.

(60) Ma riflettete che tutte le quistioni sulla proprietà che pos-
sono elevarsi riguardo a queste specie di beni, anche tra il demanio
ed i particolari, sono della competenza de' tribunali. *Decreti* del 22
ottobre e 21 novembre 1808. (*SIREY*, 1817, part. 2. p. 34 e 35);
e del 2 e 15 febbrajo 1809. (*Ivi*, p. 97 e 99).

(61) Se ne distinguono molte: quattro derivano dalla proprietà,
o dal suo smembramento, vale a dire:

L'azione di rivendica per le cose corporali possedute con titolo par-
ticolare.

La petizione di eredità, che riunisce alcuni caratteri dell'azione
personale, e che in conseguenza è messa nel numero delle azioni miste.

La confessoria e la negatoria, relative alle servitù. (Osservate
qui sopra la nota 151 pag. 6a.

La quinta è la pubbliciana che risulta da un titolo apparente di
proprietà. (Osservate negl' Istit. al tit. *de actionibus*. §. 4).

Finalmente la sesta risultante dal pegno o dall'ipoteca e che in
quest' ultimo caso prende il nome d' ipotecaria.

L'azione *pauliana*, vale a dire quella data ai creditori coll' art.
1167 § 1120 per rinvocarsi gli atti fatti dal di loro debitore in frode o
in pregiudizio de' loro dritti, può del pari sotto alcuni rapporti esser
considerata come un' azione reale.

solamente contro la persona che ha con noi contratto l'obbligo di darci la cosa di che si tratta. Da questo dritto risulta l'azione detta *personale*.

Queste due azioni differiscono principalmente (62) tra loro perchè l'azione reale ha luogo contro qualunque persona che ritiene la cosa sulla quale l'attore ha il *jus in re*.

Si chiama *reale* perchè non è data in modo determinato contra questa o quella persona, ma in generale contro a colui che si trova possessor della cosa nel tempo in cui l'azione è intentata: *cum re ambulat*.

L'azione personale, al contrario, risultando unicamente da una obbligazione, non può aver luogo, come è evidente, se non contro di colui che questa obbligazione ha contratta, o di quelli che lo rappresentano (63).

(62) Poichè fra queste disposizioni esiste ancora un'altra differenza essenziale, che sarà indicata in fine della seguente nota.

(63) Ciò ha bisogno di una maggiore spiega, giacchè il Codice civile ha introdotto un cambiamento considerabile riguardo all'effetto dell'obbligazione di dare, ed alla natura dell'azione che ne risulta.

Di fatti nel dritto antico si teneva per principio secondo le romane leggi, che la proprietà non poteva acquistarsi colla semplice convenzione, ma che vi bisognava inoltre la tradizione (L. 20 Cod. *de pactis*). Se dunque Paolo mi avesse venduta una casa, sino a che non mi veniva consegnata, io non ne aveva la proprietà, la quale continuava a risiedere nella persona di Paolo. Veramente, vendendomela, egli aveva contratta verso di me l'obbligazione di consegnarmela, ed io aveva contro di lui un'azione per costringervelo; ma poteva intanto accadere che Paolo per mala fede vendesse e consegnasse ad un altro questa stessa casa: in tale occorrenza, siccome io non aveva ancora il *jus in re*, ma solo il *jus ad rem*, e che in conseguenza io aveva solo l'azione risultante dall'obbligo di Paolo, azione puramente personale, la quale non poteva esercitarsi se non contro di lui, ne seguiva che io non aveva dritto ad alcuna azione contra il nuovo possessore, divenuto realmente proprietario in seguito della consegna, e che io poteva solamente far condannare Paolo ai danni ed interessi verso di me, per essersi messo pel suo fatto nell'impossibilità di adempiere alla sua obbligazione.

Se all'opposto la casa fosse stata consegnata a me prima del secondo compratore, e che per qualche accidente un altro ne fosse divenuto possessore per tutt'altro che pel mio fatto; allora, siccome in seguito della consegna io avevo acquistato il *jus in re*, e ch'era divenuto il proprietario della cosa, io aveva l'azione reale contra il detentore, chiunque fosse, per costringerlo a restituirmi il possesso.

Al presente il Codice ha fatto su questo punto, come dicemmo, un considerabile cambiamento, avendo deciso che il *jus in re*, ossia

Le cause che producono il *jus in re* possono in generale ridursi a due: proprietà, e dritto di pegno e d'ipoteca. Gli altri diritti reali debbono riputarsi e sono in effetti sinembramenti del dritto di proprietà, come il vedremo nel Titolo seguente.

la proprietà, si trasferisce colla sola convenzione, e prima di ogni consegna (art. 1138 § 1092.) L'esempio medesimo non può dunque servire a distinguere i casi ne' quali ha luogo l'azione reale da quelli ne' quali non può intentarsi che l'azione personale, poichè nel caso stesso io avrò per dritto attuale il *jus in re* e per conseguenza l'azione reale, immediatamente dopo che la vendita avesse ottenuto il consenso di Paolo, e prima di ogni tradizione. (Art. 1583 § 1428.)

Nulladimeno vi sono parecchi casi ne' quali, anche nell'obbligo di dare, la consegnazione è necessaria per accordare il *jus in re* e l'azione reale.

Così, se la vendita, per esempio, è di una cosa indeterminata, come di un cavallo, di un moggio di terreno, senz'altra indicazione, egli è evidente che prima della consegnazione io non posso avere che l'azione personale contro al venditore poichè in queste sorti di obbligazioni la sola consegnazione determina la cosa individuale alla quale ho dritto.

Similmente, se si tratta di una cosa mobiliare, l'articolo 1441 § 1095 ha egualmente stabilito, *favore commercii*, che io non posso avere l'azione reale contra il possessore di buona fede, che allor quando la cosa mi sia stata consegnata prima di lui.

Finalmente, nella donazione il dritto di agire per l'immobile donato contra i terzi detentori non si acquista che con la trascrizione, la quale è una specie di finta tradizione.

Io osserverò, terminando, che si può avere ad un tempo stesso, e riguardo alla stessa cosa, l'azione reale e personale contra differenti persone. *Esempio.* Io ho prestato il mio cavallo a Pietro che l'ha perduto: in seguito si ritrova nelle mani di un altro. È chiaro che come proprietario del cavallo posso esercitare contra il possessore l'azione reale almeno per tre anni (art. 2779 § 2185); ma io avrò nel tempo stesso contra Pietro l'azione personale risultante dal contratto di prestito per costringerlo ad indennizzarmi, se vi ha luogo, sia delle deteriorazioni che la cosa ha potuto soffrire, sia del ritardo che io ho dovuto sopportare per la restituzione.

Esiste ancora un'altra differenza essenziale fra l'azione personale e la reale: ed è che la prima essendo specialmente diretta contra la persona, l'obbligato può essere esercitata su tutt'i suoi beni; la seconda all'opposto non essendo diretta contra tal individuo se non perchè ritienne presso di se la cosa in questione, egli può sempre esimersi dall'effetto dell'azione, abbandonando la cosa, se tuttavia non vi sia dolo; poichè allora dal dolo risulta un'azione personale che rientra nella prima classe di cui abbiamo testè parlato.

OSSERVAZIONI

SUL TITOLO PRIMO DEL LIBRO II.

I giureconsulti romani distinguevano gli oggetti della giurisprudenza in tre grandi classi, le persone, le cose e le azioni (a). La nostra legislazione considera i dritti particolarmente annessi alle persone, e non considera nelle cose se non i dritti che l'uomo può acquistarvi, e le diverse maniere di acquistare, perdere o conservare questi dritti. Fece dunque materia del primo libro i dritti specialmente personali, siccome nel secondo si occupa della distinzione de' beni, e della natura de' dritti che su questi beni possono acquistarsi; riserbandosi nel terzo libro a trattar totalmente delle diverse maniere di acquistare, perdere o conservare i dritti suddetti.

Disbrigati dal primo oggetto, passiamo al secondo Libro, cominciando dalla distinzione de' beni che forma la materia di questo primo Titolo, e tralasciando ciò che nella concordanza delle due legislazioni si è dal nostro autore spiegato nelle sue note, alle quali diverse riflessioni aggiungeremo, ci occuperemo in queste osservazioni,

1. Della giunta fatta dal nostro legislatore all' articolo 516 francese, e sua corrispondente spiega;

2. Di quella fatta all' articolo 526, che ha reso necessario il nuovo articolo 454.

3. Dell' analisi dell' altro nostro nuovo articolo 455.

4. Della spiega ed applicazione necessaria tra noi dell' art. 452 + 529.

5. Simile per l' articolo 539 + 464.

6. Simile per l' articolo 542 + 467.

7. E chiuderemo queste osservazioni colla giunta di altri casi risolti dalla giurisprudenza francese e napoletana, de' quali non ha fatto menzione il nostro autore.

§. I.

Sull' articolo 516 + 439.

Il primo articolo di questo Titolo comparisce rivestito d'importanti ed utili spieghe nelle nostre Leggi civili. Mentre l'abolito Codice limitavasi a dire seccamente nell' art. 516 che *tutti i beni sono mobili od immobili*, il nostro art. 439 che gli corrisponde è così concepito :

(a) l. 1. ff. de stat. hom. e §. 12 Inst. de Jure Nat.

» Tutte le cose che possono essere l'oggetto di proprietà pubblica o privata sono *mobili* o *immobili*. Esse appartengono o allo stato, o alla chiesa, o ai comuni, o agli stabilimenti pubblici, o a' particolari ».

Tutte le cose. Riflettete quanto saggiamente il nostro legislatore ha adottato questa espressione in preferenza dell'altra *tutti i beni*. Sotto il nome di *cosa* comprendesi tutto ciò che può divenir l'oggetto di un dritto o di un' obbligazione, tutto ciò che può appartenere a qualcheduno, che si può possedere e da cui l'uomo può ritrarre vantaggio o piacere. Quindi cose e beni non sono in giurisprudenza sinonimi. La prima espressione è più estesa e generale. Essa comprende tutte le cose che esistono, e che possono all'uomo esser utili, abbenchè non li possenga, nè facciano ancora parte del suo patrimonio. Perciò si mette nel numero delle cose e non de' beni l'aria, il mare, le terre deserte, gli animali selvaggi, perchè non sono posseduti da alcuno.

La denominazione di *beni* non comprende che le cose le quali si posseggono, quelle che fanno parte del nostro patrimonio, come una casa, un campo, un cavallo ec., poichè soltanto nel possesso che se n'è preso, le cose assumono la qualità di beni. In una parola, le cose sono tutto ciò che si può possedere, i beni tutto ciò che si possiede (V. TOULLIER lib. II. n. 3).

Ma dopo questa indicazione conveniva distinguere i beni in corporali ed incorporali, essendo questa la più generale divisione di essi e nel tempo stesso la più esatta, e la più propria a far conoscere la loro vera natura. Quella di mobili ed immobili non comprende tutti i beni: e sol mercè di particolari disposizioni di cui ha avuto bisogno la legge, si possono collocare alcune specie di beni in una di queste due classi (a).

Rapporto al resto della spiega contenuta in questo articolo ricordiamoci che il nostro legislatore avea stabilito nell'art. 10 di questa parte del Codice che la chiesa, i comuni, le corporazioni e tutte le società autorizzate dal governo si considerano moralmente come altrettante persone godenti dell'esercizio de' dritti civili secondo le leggi veglianti. Noi nel commento di detto articolo ci limitammo a definire soltanto siffatti diversi

(a) Ciò non ostante gli autori del commento alle nostre Leggi civili ci dicono che „ dalla nuova legge conservar non doveansi queste ideali „ e fantastiche distinzioni che ad equivòci menavano, ed accrescevano le „ controversie nel Foro, specialmente nel definire il giudice che per „ lo sperimento de' dritti incorporali proceder dovea „. Il TOULLIER nel luogo cit. ed il nostro autore alla nota 2 al tit. 1 del 2 lib. rispondono sufficientemente a questo dubbio.

corpi morali (vol. 1 pag. 81 e seg.). Ma in questo Libro, e nel seguente parlano le leggi delle cose, de' dritti, delle azioni che possono appartenere ai medesimi; spiegano cioè in che consista quell'esercizio de' dritti civili che loro era stato conceduto. Quindi quì ci conviene far parola di quelle *leggi veglianti* indicate nell'art. 10.

La prima di esse è il bisogno del regio assenso per la fondazione di qualunque corpo morale. Sin da' 9 aprile 1740 ordinò l'augusto avolo del nostro monarca che in nessun luogo del Regno fondar si potessero chiese e conventi senza suo precedente permesso. Quindi un rescritto de' 3 marzo 1759 proibì ai religiosi di edificare ospizj senza reale espressa licenza; proibizione che il re Ferdinando estese anche all'ampliamento delle antiche chiese col rescritto de' 3 ottobre 1767.

In fatti fu sempre giudicata questa facoltà come una delle principali regalie. Non v'è uso, non prescrizione, diceva il rescritto de' 15 agosto 1767, che possa ledere questo dritto della sovranità; ed inalienabile il chiamò l'altro rescritto de' 18 febbrajo 1771. Quindi privo del regio assenso che ne autorizzi la fondazione, qualunque corpo morale è illecito, dee riputarsi non esistente e dismettersi, essendo dichiarato incapace di fare qualunque acquisto, non che di possedere e di percepire eredità, legati, donazioni e qualunque altro dominio ed azione, che ritorna agli eredi; ed il possesso che mai ne avesse, dee riguardarsi come vizioso illegittimo e nullo, e come uno spoglio da purgarsi colla restituzione prima di prodursene qualsivoglia ragione. (V. i rescritti de' 27 giugno 1767, 27 febbrajo 1768, 19 giugno 1769, e 29 aprile 1775). Questo assenso poi debb'essere solenne, in forma specifica, e tale che possa vedersi ocularmente, in originale e nudo; esso non può supplirsi nè per congettura nè per equipollenza, nè presumersi per qualunque corso di tempo; ed ove non sia nella debita e legittima forma, non giova al possessore nè la prescrizione centenaria, nè qualunque altro legittimo possesso. (V. i rescritti de' 19 giugno 1769, de' 18 febbrajo 1771, de' 10 febbrajo 1772, del 1 maggio 1773 e del 29 aprile 1775).

La seconda legge riguarda gli acquisti de' luoghi pii. Son celebri su tal proposito le leggi di ammortizzazione del 1769, colla prima delle quali (de' 21 febbrajo) si vietò ai notai di scrivere ne' testamenti e ne' contratti qualunque acquisto a favor de' luoghi pii; e colla seconda (de' 9 settembre) mentre si vietò ai luoghi pii suddetti così ecclesiastici come laicali di far nuovi acquisti per qualsivoglia titolo, si dichiarò che tutti gli atti tra vivi o per ultima volontà a loro favore, non ancora purificate le condizioni o in possesso contraddetto, si

avessero per non fatti, restando i beni all'ultimo possessore secolare; nè da siffatte disposizioni si eccettuarono che i soli luoghi pii laicali addetti ad opere pubbliche.

Il rescritto de' 23 giugno 1770 venne poi a spiegare cosa s' intendesse per *possesso contradetto*, e significò che se la contradizione era anteriore o contemporanea al tempo del possesso, qualunque essa fosse, bastasse all'effetto di dirsi contradetto il possesso; ma se posteriore, che dovesse allora esser tale da rendere il possesso dubbio o vizioso ne' termini dell'interdetto possessorio, da conoscersi dal giudice. Che se deciso il *possessorio* a favore del luogo pio, non ostante la contradizione anteriore o contemporanea al possesso, potesse questo dirsi pacifico, o dovesse riputarsi contradetto sino alla decisione del *petitorio*, prescrisse il seguente rescritto de' 22 agosto 1772 che in tali casi era da farsene relazione al re che avrebbe risoluto secondo le circostanze.

Si ordinò pure che le cappellaie lasciate da' testatori si avessero come pesi dell'eredità, senza potersi mai assegnare beni stabili per esse (27 gennajo 1770) neanche ove si fondassero con atti tra vivi (12 agosto 1770); nè che si potesse assoggettare tutta la eredità a peso di messe, ma dovesse andar libera agli eredi *ab intestato* i quali fossero tenuti soltanto a far celebrare qualche messa in ogni anno in perpetuo, o almeno una in ogni anno, da restar come un peso dell'eredità da eseguirsi *officio judicis* (*ivi*); e che i fondi de' padronati laicali fossero compresi nelle dichiarazioni suddette proibitive riguardanti i luoghi pii ecclesiastici (13 febbrajo 1772).

Si permise l'impiego in censi bollari delle doti delle monache coll'ipoteca sopra stabili; ma in caso di aggiudicarsi i beni ipotecati, si stabili che si vendessero ai laici (12 febbrajo 1774), e non trovandosi fra essi oblatori, si amministrassero *nomine curiae*, pagandosi le annualità al luogo pio (28 luglio 1770). La stessa aggiudicazione degli stabili fu proibita benanche alle congregazioni laicali (17 agosto 1771).

Si permise però che i luoghi pii potessero migliorare i loro beni acquistati prima delle leggi proibitive (25 maggio 1771); costruire trappeti, purchè per uso proprio e de' loro territorj, non già per mercimonio (27 giugno 1773); rifare le fabbriche possedute, qualora non le dilatassero (3 luglio 1774); e dismettere colle loro rendite i debiti contratti prima della legge di ammortizzazione, purchè fatti con previe licenze ecclesiastiche munite del regio *exequatur* (8 giugno 1774); e per i capitali restituiti da' luoghi pii a luoghi pii, potersi farne l'impiego anche con laici (*ivi*). Fu pure spiegato che potesse accrescersi il vitalizio alle monache, non essendo ciò

compreso ne' reali ordini proibitivi degli acquisti (17 agosto 1776), siccome si dichiararono neppur compresi in essi i crediti de' monasteri di monache per alimenti prestati a monache o educande (23 aprile 1774). Non così per l'impiego di danaro a vitalizio, con luoghi pii per qualunque causa, cui miravano le leggi di ammortizzazione, siccome apertamente lo esprime il rescritto de' 9 giugno 1776. Quello de' 9 luglio 1771 aveva deciso ch'era in esse egualmente compreso il legato perpetuo per uso di argenti; e che ove se ne trovasse alcuno fatto prima del divieto, l'autorità suprema avrebbe commutata la volontà del testatore.

In conseguenza di questi principj fu stabilito, che nel concorso dell'erede usufruttuario legittimo e del luogo pio erede ultimo chiamato, essendo questo già escluso dal far nuovi acquisti, l'eredità spettasse all'usufruttuario, come l'ultimo possessor vivente gravato (27 agosto 1772); che quando di un legato l'usufrutto si lascia ad alcuno e la proprietà ad un luogo pio, questo escluso per la legge proibitiva degli acquisti, la proprietà non si accrescesse all'usufruttuario, ma agli eredi del fondatore del legato (26 settembre 1772); e che cadute le disposizioni fatte a' luoghi pii ecclesiastici, i beni restassero a libera disposizione dell'erede universale gravato, e degli eredi di questo, non già degli eredi del gravante, (12 ottobre 1772).

Finalmente si dispose che i beni de' luoghi pii conceduti in enfiteusi fossero allodiali del concessionario in ogni genere di commercio col peso dell'antico canone, e si considerassero come enfiteusi ancora le locazioni *ad longum tempus* (17 agosto 1772). Varie spieghe si diedero su questi contratti, non che pel pagamento del laudemio di cui faremo parola allorchè tratteremo dell'enfiteusi, ripristinato con molte sagge regole nelle nostre nuove leggi.

Ma perchè, dirassi, rammentar tutte queste disposizioni, se coll'art. 16 dell'ultimo concordato del 16 febbrajo 1818 venne risoluto che *la chiesa avrà il dritto di acquistare nuovi possedimenti, e qualunque acquisto faccia di nuovo sarà suo proprio, e goderà dello stesso dritto, che le antiche fondazioni ecclesiastiche?* e se nell'art. 27 si aggiunse che *la proprietà della chiesa sarà sacra ed inviolabile ne' suoi possessi ed acquisti?* Per due ragioni noi abbiain riportate queste reali disposizioni: La prima perchè secondo il testo del citato articolo, per le sole chiese, vale a dire pe' soli luoghi pii ecclesiastici, sono state esse abolite, e non per gli altri corpi morali; la seconda perchè nello stesso concordato spiegossi che questa facoltà di far nuovi acquisti s'intendeva *da oggi innanzi, e*

senza che sia di pregiudizio agli effetti legali delle leggi di ammortizzazione, che sono state in vigore finora, ed alla esecuzione delle suddette leggi anche in futuro pe' casi non ancora consumati, e per le condizioni non ancora verificate.

La terza legge vegliante è quella dell' autorizzazione reale per tutti i contratti de' luoghi pii non che di qualunque altro corp o morale.

In fatti pei luoghi pii trovasi prescritto non potersi permutare corpi stabili tra essi e le persone laiche senza licenza del re (17 agosto 1771), o senza licenza del ministro destinato (22 febbrajo 1772). Lo stesso per lo rimpiego de' capitali, di modo che la mancanza del regio assenso per qualunque nuovo impiego produce la mancanza di azione per esigerne le terze o gl' interessi (a) (10 settembre 1778). Ma riguardo ai piccoli capitali non eccedenti i ducati cento, vi furono delegati gl' allora governatori locali i quali dovessero poi darne conto ai suddelegati ne' tribunali delle udienze, e costoro al delegato della real giurisdizione in Napoli (ivi).

In seguito, colla real risoluzione de' 10 settembre 1796 fu questa autorizzazione delegata al così detto *tribunale misto* e col consenso de' due incaricati della cura fiscale, sotto pene della nullità ed invalidità dell' atto.

Passando alla legislazione moderna, i beni che non appartengono ai particolari non possono giusta l' art. 462 delle nostre leggi esser alienati se non nelle forme e colle regole che loro sono proprie: quindi colla legge de' 22 dicembre 1816 si prescrisse che il supremo Consiglio di cancelleria dovesse consultarsi in tutte le domande de' comuni, degli stabilimenti pubblici, qualunque fosse la loro denominazione, e delle corporazioni religiose, per l' alienazione, per la compra e per la concessione in enfiteusi de' beni stabili. Abolito questo Consiglio, nè tale attribuzione essendo passata ad alcuna delle commissioni allora create, come vedemmo nell' osservazione 10 e sua nota al tit. X. del primo libro, pare che al Consiglio di stato rimanesse tal facoltà sino a che organizzata la Consulta generale del Regno colla legge del 14 giugno 1824, fu essa incaricata a discutere e dare il suo avviso « Sull' approvazione de' contratti de' luoghi pii ecclesiastici o laicali, o dei » comuni che han bisogno di reale autorizzazione sia per » l'ennità prescritta, sia per dispensa di legge. » Ma potrebbero le Chiese senz' autorizzazione accettar donazioni permez-

(1). Col rescritto de' 26 settembre 1778 si ordinò che l' interesse di questi capitali non dovesse oltrepassare il quattro e tre quarti per cento, col peso del Catasto a danno del luogo pio.

zo de' loro amministratori, bastando il permesso dato ad esse di acquistare col cit. art. 16 del Concordato? La stessa legge organica della Consulta risolve negativamente questa quistione, mentre pur la Consulta fu incaricata a discutere e dare il suo avviso *sull'impartizione del regio beneplacito per l'accettazione di donazioni, eredità e legati lasciati alle corporazioni ecclesiastiche o civili*. Veggansi le nostre osservazioni al Tit. II. del terzo Libro delle nostre Leggi civili che corrisponde al tit. V. del nostro autore.

Per ciò che riguarda i comuni, venne colla legge organica dell'amministrazione civile espressamente ordinato: 1. Che non potessero essi acquistare, alienare o censire, nè contrattare o transigere per l'acquisto di un dritto o per lo scioglimento di un' obbligazione qualunque, senza espresso reale assenso accordato con un decreto sopra rapporto del ministro degli affari interni, e preceduto da voto decurionale, da un provvedimento di espedienza del consiglio d'intendenza, e dagli altri solenni richiesti dalla legge (art. 298 d. legge); 2. Che le alienazioni e le censuazioni di beni comunali, esclusa la sola distribuzione delle quote nella divisione de' demanj, dovessero essere precedute dall'esperimento dell'asta pubblica: solennità di cui potesse il re dispensare nei soli casi di vantaggio evidente, giustificato da' pareri indicati nell'articolo precedente (*Ivi*, art. 299); 3. Che i comuni ne' debiti che sono autorizzati a contrarre non dovessero stipulare un interesse che oltrepassasse il cinque per cento; salva l'approvazione del re per un interesse maggiore in caso di straordinaria urgenza (*Ivi*, art. 300). Qualunque atto comunale fatto in violazione de' tre precedenti articoli è nullo di dritto, e la sua nullità non può esser coverta nè da sanatorie posteriori nè da prescrizioni legittime (*Ivi*, art. 301).

II.

Sugli art. 526 † 449 e 454.

All'art. 526 dell'abolito Codice si sono aggiunti nel nostro corrispondente articolo 449 altre due indicazioni di beni immobili per l'oggetto cui si riferiscono. Esse sono: *Il dritto del padrone diretto sui fondi diti in enfiteusi, ed il dritto del padrone utile sui fondi medesimi*.

Il contratto di enfiteusi, forse superfluo dove le terre sono ridotte a perfetta coltura, e non riunite tra pochi proprietari, nè possedute da mani morte, era necessario in uno stato dove tanto terreno è ancora incolto, o esposto alle alluvioni ovvero alle eruzioni vulcaniche, dove l'istituzione de' majoraschi riu-

misce molti fondi rustici in poche mani, e dove si è riconceduto ai luoghi pii la facoltà di far nuovi acquisti. Questo contratto si è colle nuove leggi richiamato in vita, e noi ne farem menzione a suo luogo. Intanto era giusto prevedere in questo articolo la classe in cui doveva porsi il dritto del padrone diretto e quello del padrone utile su questi fondi, ne quali vi è tanto sensibile smembramento di proprietà; e se tra gl' immobili in rapporto all' oggetto si è compreso ragionevolmente l' usufrutto su di cose immobili, tanto maggiormente comprender si doveano nella classe medesima questi dritti del padrone diretto e del padrone utile.

Conseguenza di quanto abbiain detto nella precedente osservazione è il nuovo articolo 454 delle nostre leggi. Ripristinato il contratto d' enfiteusi e dichiaratosi che questa poteva essere o *temporanea* per qualunque scorrer di tempo purchè non minore d' un decennio, o anche *perpetua*, non più poteva aver luogo la regola stabilita nell' antecedente art. 453 che rende nulla qualunque stipulazione contraria alla redenzione d' una rendita perpetua che non poteva eccedere i trent' anni. Il legislatore ha quindi scritto; *sono eccettuate dalla regola stabilita nell' articolo precedente le concessioni a titolo enfiteutico, le quali saranno regolate nel modo che si spiegherà nel tit. IX del III. libro ».*

§. III.

Sul nostro nuovo articolo 455.

Il seguente art. 455 è anche nuovo. Esso dice che *l' affrancazione de' censi dello Stato è regolata da leggi particolari.*

Trai beni che appartengono allo Stato convien distinguere quelli che costituiscono il demanio della corona, e che son diversi dai beni che compongono il demanio del principe. Il demanio della corona è quella parte del demanio pubblico dello Stato che n' è distaccata per l' uso proprio e particolare del sovrano, come i palazzi, le case di campagna, i parchi, e tutti i siti reali destinati a servire alla pompa ed allo splendore del trono. Il demanio del principe poi è formato da tutti i beni proprj e di ragione della sua real casa, sia che li abbia acquistati col suo peculio, o che gli siano pervenuti per successione, legati o donazioni: questo è propriamente il patrimonio privato del re, o vogliam dire *Borbonico*. Nè di esso, nè di quello detto *della Corona* parlano le leggi quando no-

minano i beni dello Stato, ma bensì delle cose che chiamansi del demanio pubblico ossia appartenenti allo Stato.

Su questi beni possono costituirsi de' censi, e possono affrancarsi, come sono i censi sul Tavoliere di Puglia, e quelli già stabiliti sui beni ricaduti al regio demanio. Col decreto de' 21 maggio 1816 si ordinò che tutti i fondi rustici di qualità ecclesiastica fossero alienabili cedendosi dai compratori una rendita inscritta sul Gran Libro eguale a quella attuale del fondo, detrazione solo il peso fondiario, la quale rendita corrispondente a quella del fondo dovea calcolarsi sia sugli antecedenti affitti, sia dietro l'imponibile ne' ruoli del catasto provvisorio, come più fosse favorevole al Governo, e in mancanza di questi dati, o nel dubbio di frode, in seguito di apprezzo. La rendita inscritta non avendo luogo che dal primo giorno del semestre, si dispose che gli arretrati si pagassero dal compratore in contante. Si permise anche la compra de' capitali per vendita di annue entrate della Cassa di ammortizzazione, e de' fondi rustici ed urbani della stessa, non che dei capitali di simil natura appartenenti allo Stato; come pure di comprare e ricomprare tutti i censi dovuti allo Stato, esclusi però quelli del Tavoliere di Puglia, cedendo una rendita inscritta sul Gran Libro colla seguente proporzione, pe' censi fino a ducati dieci lordi senz'alcuna deduzione; da duc. 10. 01 lordi senz'altra deduzione che del 5 per 100: da 50. 01 lordi fino a qualunque somma, colla deduzione del dieci per cento. Finalmente si prevenne che non si avrebbe come perfezionato alcun contratto se non dopo venti giorni decorsi da quello in cui sarebbe stato notificato il debitore, il quale nella ricompra sempre andasse preferito.

Col posteriore decreto de' 18 settembre 1816 si permise l'affrancazione de' canoni presso la Cassa di ammortizzazione, non meno che de' canoni perpetui in danaro di pertinenza de' luoghi pii ecclesiastici o laicali, in fuori de' patronati familiari, e finalmente quelli dovuti ai pubblici stabilimenti; da effettuarsi però con una corrispondente annua rendita inscritta sul Gran Libro, secondo la proporzione e le regole stabilite per le rendite, beni e capitali dello Stato. Si aggiunse che quando il padrone utile non volesse ricomprare il canone, potesse farsene da altri la compra. Vi si compresero i capitali a vendita di annue entrate, e si eccettuarono solo dall'affrancazione e compra indicata i canoni dovuti in derrate di qualunque specie, o parte in derrata e parte in contante. Ordinossi pertanto che tutti i contratti i quali fatti si sarebbero in forza di questo decreto dovessero sottoporsi alla reale approvazione.

Ma col decreto de' 3 luglio 1818 si fecero due modifiche

a queste precedenti disposizioni. La prima che fossero *costantemente e perpetuamente* dalle vendite esclusi, in esecuzione dell' art. 12 del concordato, tutti i beni ecclesiastici censi e capitali non alienati dal governo militare e trovati nell' amministrazione del così detto demanio; la seconda che per la deduzione della fondiaria, conservato ciò che si era disposto pe' fondi urbani censi e capitali, pe' fondi rustici poi dovesse la prima offerta essere eguale alla rendita del fondo senza deduzione del peso fondiario: fermo rimanendo pure ciò che si era prescritto per la vendita de' beni degli altri corpi morali appartenenti ad *opere pubbliche laicali* di qualunque specie e di qualunque istituzione.

Un' altra modificazione finalmente a ciò vi aggiunsero due decreti de' 31 agosto 1818: l' uno ordinò che nella vendita de' suddetti fondi rustici situati nella provincia di Napoli avesse luogo la deduzione dell' intera Contribuzione fondiaria, ed in quelli delle altre provincie, la deduzione della sola metà di questo peso: stabilì l' altro che le subaste per questi ultimi beni avessero luogo innanzi a' rispettivi intendenti.

§. IV.

Sull' articolo 529 + 452.

L' articolo 452 delle nostre Leggi civili, al pari dell' art. 529 del Codice abrogato, dichiara *mobili per determinazione della legge le rendite sullo stato*. A dilucidar quest' articolo conviene indicare: 1. Quali siano queste rendite, e quale la lor qualità; 2. i casi in cui esse possono immobilizzarsi; 3. le formalità corrispondenti.

1. Il Gran Libro del debito pubblico il cui stabilimento venne ordinato coll' art. 4 del decreto de' 25 giugno, e coll' art. 6 della legge de' 24 agosto 1806, fu secondo il decreto de' 20 marzo 1807 aperto nel 1 aprile seguente per riceversi le iscrizioni delle somme mediante le quali si acquistavano i beni dello Stato (a).

(a) Colla legge de' 2 luglio 1806 si misero in vendita pel valore di dieci milioni tutti i beni dell' azienda allodiale, de' luoghi pii laicali, de' benefizj e badie devolute e di regio padronato, pel prezzo de' quali si ammisero per tre quarti le carte rappresentanti le partite di arrendamenti liquidate, ed il resto in contante. Colla citata legge de' 24 agosto seguente fu ordinata la liquidazione e verificaione generale di tutti i crediti contra il pubblico erario per darsi ai creditori cedole che potevano riceversi in pagamento de' beni dello Stato. I creditori che non avessero voluto impiegare le loro cedole in tali acquisti furono

Col decreto de' 6 gennajo 1818 confermossi la dote assegnata al Gran Libro, giusta i decreti de' 6 maggio e 25 dicembre 1816, e del 1 agosto e 14 ottobre 1817; e si dichiarò che per le forme e regolamenti delle iscrizioni, depennazioni, modi di pagamento, e quanto altro riguardava l'economia delle pensioni, non si sarebbe fatta alcuna novità.

Seguitarono quindi ad acquistarsi queste rendite pagandone il valore secondo il cambio corrente, per ritirarsene la rendita del cinque per cento del suo valor nominale pagabile per semestre. E col decreto de' 23 giugno 1817 essendosi aperta una cassa di sconto, nelle istruzioni, della stessa data, annesse si disse che potessero essere suscettibili di sconto le rendite del Gran Libro, quando non rimanessero a scorrere che soli tre mesi pel maturo.

Con altro decreto de' 5 maggio del 1818 furono dichiarati *atti di commercio* tutte le compre e vendite delle partite iscritte sul detto Gran Libro: e col decreto del 1 ottobre seguente si autorizzarono i proprietarj delle iscrizioni a dividerle in più porzioni.

Furono pure abilitati i possessori di esse col rescritto de' 15 settembre 1822 a darle in pegno allo stesso Banco pagandone l'interesse del mezzo per cento al mese, ridotto ai tre quarti, cioè al cinque per cento l'anno, giusta la ministeriale del 13 settembre 1822.

2. Queste iscrizioni si possono immobilizzare in due casi: il primo quando si danno in cauzione da' contabili delle pubbliche amministrazioni (a), e per altri pubblici uffizj, giusta il decreto de' 28 maggio 1846 (b); il secondo quando entrano

ammessi a fare inscrivere il loro capitale di credito in un libro che venne chiamato del *debito pubblico* alla ragione fruttifera del cinque per cento. Ma questo interesse fu riabbassato al tre per cento col decreto de' 12 novembre 1808 a danno de' creditori dello Stato sino allora iscritti.

(a) Col real decreto de' 30 agosto 1816, i sensali di commercio di Napoli furon obbligati ad immobilizzare una rendita corrispondente a ducati mille. Ora lo debbono di una rendita di ducati duemila.

(b) Con tal decreto si ordinò che tutte le cauzioni da' contabili dovessero darsi per l'avvenire in iscrizioni sul Gran Libro immobilizzate con questa proporzione, che se la cauzione ordinata dalla legge era in immobili, quella delle iscrizioni fosse doppia; se in contante, fosse due volte e mezzo in iscrizioni; e quelle fissate in immobili ed in contante seguissero la stessa proporzione nelle iscrizioni immobilizzate. Si lasciò in libertà di quelli che si trovavano data la cauzione in immobili di ricomprarle col doppio delle iscrizioni; ma quelli che la dovevano in contanti per gli obblighi non scaduti sino a tutto dicembre furono obbligati di pagarli alla Cassa di ammortizzazione, e per

a costituire la dote di un majorasco, giusta la legge dei 28 ottobre 1822 e di cui parleremo nel nostro trattato *de' Majoraschi*.

3. Le formalità per immobilizzare queste rendite sono le seguenti:

1. Si presta il consenso dal proprietario dell'iscrizione innanzi ad un notajo certificatore, dichiarando di esser possessore della iscrizione e di volerla immobilizzare per la cauzione ec. Il notajo ne roga l'atto, e ne dà la spedizione.

2. Questa unitamente all'estratto della iscrizione si presenta alla direzione del Gran Libro, e per essa all'agente del contenzioso, il quale ne prende registro sul libro maggiore delle *rendite inalienabili*, e se ne fa menzione dietro lo stesso estratto firmato dal direttore, indicandosi il foglio del libro dov'è scritto il vincolo.

3. Se ne rilasciano tre certificati che si rimettono uno all'intendente della provincia, l'altro alla regia Corte dei conti, e l'terzo all'ufficio del di cui interesse tratta la cauzione. V. il decreto de' 5 novembre 1810.

Pei majoraschi, oltre a ciò si aggiunge l'indicazione del Gran Libro col distintivo: *conto del majorasco istituito da N. N.*; e quando trattasi di chiamati al nome dei medesimi, coll'aggiunta: *conto del majorasco di N. N.*, e si cambia l'estratto, dandosene uno in carta rossa, e col merco esprimere il vincolo dell'inalienabilità. (art. 2, 3 e 4 della legge de' 17 ottobre 1822).

Questo stesso avviene per le iscrizioni acquistate da' corpi morali, le quali sono anch'esse inalienabili.

Per la compra e vendita delle partite iscritte nel Gran Libro e non consegnate, veggasi il decreto del 18 maggio 1824.

§. V.

Sull' articolo 539 + 464.

Per l'intelligenza del nostro articolo 464 (539 del Codice) che parla de' beni vacanti e senza padrone, ecco quel che conviene osservare.

quelle che andavano a scadere dal 1 gennajo 1817 furono abilitati a commutarle in iscrizioni immobilizzate alla detta ragione di due volte e mezzo.

Ma col decreto de' 20 luglio 1818 si ordinò che tutte le cauzioni suddette fossero indistintamente calcolate a ducati cinque di rendita per ogni cento ducati di capitale; per esempio, per una cauzione di ducati mille in beni fondi o in contanti dovrà il cauzionista immobilizzare sul Gran Libro una rendita di ducati cinquanta. In esso si prescrive il modo come sciogliere l'inalienazione della porzione di rendita eccedente, e di svincolarsi gli stabili ipotecati.

Col real decreto de' 18 ottobre 1819 sull' amministrazione del demanio pubblico, fu essa incaricata dell' intero demanio dello Stato, delle foreste, della caccia, e della pesca che fosse di pertinenza dello Stato, e le furono sottoposti tutti i beni che in avvenire gli appartenessero o potessero appartenergli sotto qualunque titolo di proprietà, e particolarmente questa specie di beni. Vennero tra essi compresi, e quelli che fossero senza padrone e quelli che lo Stato eredita quando il defunto non lascia parenti in grado di succedere, nè figli naturali nè conjuge superstiti, giusta l' art 684 delle Leggi civili. Si ordinò quindi ai sindaci, percettori ed esattori comunali, ed ai cancellieri de' tribunali e delle giustizie di circondario, che fra gli otto giorni dalla notizia avuta dell' esistenza de' beni vacanti o caduchi, ne dessero avviso agl' ispettori del demanio pubblico, sotto pena di una multa da dieci a cento ducati, e dei danni ed interessi se vi fosse luogo.

È anche qui da notarsi che lo Stato non acquista su' detti beni la proprietà incommutabile, se non quando sia scorso il tempo necessario alla prescrizione, alla quale esso è sottoposto a somiglianza dei particolari (art. 2133). Può alle volte avvenire che prima di scorrere i trent'anni comparisca l'erede del defunto la di cui successione fu riputata vacante, o un congiunto nel dodicesimo grado sin' allora ignorato, cui convenga restituire i beni amministrati.

§. VI.

Sull' articolo 542 + 462.

Anche per la retta intelligenza del nostro articolo 462, ch' era nel Codice il 542, conviene rammentare ciò che su' *beni comunali* trovasi disposto nella legge organica dell' amministrazione civile de' 12 dicembre 1816.

Di due specie di beni può esser proprietario un comune; i patrimoniali, cioè, ed i demaniali. Sono patrimoniali quei fondi particolari che il comune affitta o dà a censo, sulla cui rendita altro dritto non hanno gli abitanti tranne quello d' invigilare perchè si versi pel pagamento delle spese comunali tanto ordinarie che straordinarie o imprevedute. Vengono sotto il nome di beni demaniali tanto i divisibili, quanto i riverbati. Si ordinò che tutti i demanj comunali dovessero dividersi, ed assegnarsi in libera proprietà ai cittadini (a) me-

(a) Non fu nuova la legge che nella occupazione militare del nostro regno permise la divisione e il censimento de' beni demaniali. Erasi tra

dianete la prestazione di un anno canone a favore del comune, secondo gli stabilimenti adottati (art. 182) ; censirsi ai rispettivi coloni gli alberi solitari sparsi sulle terre coloniche (art. 184) ; e che ritornassero al demanio comunale le quote di esso abbandonate (a) dai partecipanti cui fossero state assegnate. (185). Si riserbarono le terre demaniali addette all'uso civico del pascolo (188), ed i boschi comunali per l'uso del fuoco o altri bisogni essenziali (191). Per quelle si spiegò che l'esercizio dall'uso civico di pascolo spettasse ai soli cittadini del comune per gli animali addetti alla loro particolare industria (b) (169); ma che su di essi potesse esigersi una fida, fuorchè dal possessore di animali gregarij sino al numero di dieci piccoli ed uno grande, qualora il comune avesse sufficiente rendita per pagare la fondiaria delle terre riservate a quest'uso, e mancando di essa, non si potesse tassare questo piccolo possessore che per la metà della fida imposta al possessore d'industria maggiore (190). Ma per li boschi comunali suddetti si proibì di sottoporsi a fida o prestazione, e soltanto vi fu sottoposto l'uso per industria commerciale (191); e se i cittadini poveri avessero l'antico dritto di raccogliersi i prodotti fruttiferi de' cennati boschi, anche di questi frutti venne proibita la vendita (192) (detta legge).

Oltre siffatti beni le rendite de' comuni si costituiscono da censi, canoni e prestazioni, da proventi giurisdizionali di annona, portolania e polizia rurale, da grani addizionali alla contribuzione diretta, da dazii di consumo, e da privative volontarie, e temporanee, come dalla citata legge organica è manifestato.

nei ciò disposto fin dal 1792 colle istruzioni della Camera della Sommaria, in seguito di reale risoluzione presa su questo importante oggetto, e che non fu mandata ad effetto per le note vicende del regno.

(a) Si dichiarò nel cit. art. 185 intendersi abbandonate queste quote qualora o si fossero lasciate incolte per tre anni consecutivi, o si trovassero alienate, o ipotecate con atti veri o simulati nel decennio dalla data del possesso.

(b) Ne vennero perciò espressamente esclusi i negozianti di bestiame, ed i censuarij di Puglia già detti *locati*. Essi possono parteciparvi ne' comuni cui appartengono per quella sola parte di animali che serve alla loro particolare industria, nella latitudine che compete ad ogni altro ricco cittadino.

Ne furono pure esclusi i cittadini de' comuni vicini per essere stata perpetuamente abolita e vietata ogni promiscuità di proprietà, di rendita o di dritti tra comuni e lo stato, tra comuni e particolari, o tra comune e comune (174).

§. VII.

Giurisprudenza francese e patria.

1. I frutti pendenti dalle loro radici sono mobili sotto certi riguardi. — Così, quando dei frutti pendenti sono stati venduti dal proprietario del fondo, non possono più essere sequestrati come oggetti di sua proprietà; e se vi fosse sequestro, il compratore di questi frutti può domandarne la nullità: mentre il suo dritto non si limita ad un regresso in garentia contro del venditore. — Colmar, 18 brum. an. XI. — (SIREY, 7. 2. 983). Il che venne confermato colla ministeriale dell'11 prat. an. XIII. dichiarandovisi che l'art. 520 + 442 non impediva potersi fare su questi frutti un sequestro come se lo fosse sopra beni mobili. (Ivi, 5. 2. 240).

2. L'azione di rescissione per causa di lesione è mobiliare. — Corte di Cass. Fr. 14 maggio 1816 — Rigetio. — (SIREY, 16. 1. 331). — Vedi gli art. 518 + 441, 529 + 452, e 2118 + 2004 del Cod. Civ. e 689 + 767 del Cod. di proced.

3. Il dritto di pedaggio accordato dal Governo a titolo d'indennità a dei particolari costruttori e proprietari di un canale, non è riputato mobile nel senso dell'art. 529 + 452 del Cod. civ. — Parigi, 17 febbrajo 1809. (SIREY, 9. 2. 249).

4. Il prezzo di un immobile venduto è un credito puramente mobiliare, non suscettibile d'ipoteca. — Parigi, 27 aprile 1814. — (SIREY, 14. 2. 255). — Lo è similmente l'azione per l'esibizione del prezzo della vendita, intentata da un creditore ipotecario contro il terzo possessore che ha resa libera la sua proprietà. Essa non è della stessa natura di quella per la distribuzione del prezzo fra tutti i creditori oppponenti, secondo l'ordine e la data delle loro ipoteche. — Corte di Cass. Fr. 15 marzo 1808. (Ivi, 8. 1. 353).

5. Quando un testatore lega ad una persona il quarto de' suoi mobili ed immobili, o tutti i suoi mobili ed immobili, la parola *mobili* s'intende non solo de' mobili di casa, ma benanche di tutti gli effetti mobiliari del defunto. — Roano, 27 maggio 1806, e Parigi, 6 gennajo 1807. (SIREY, 6. 2. 129, e 7. 2. 1052).

6. I fiumi e ruscelli non navigabili nè inservienti a trasporto appartengono a coloro sul terreno de' quali corrono, e secondo la estensione delle loro possessioni. — Avviso del Cons. di Stato Fr. 30. piov. an. XIII. (SIREY, 5. 2. 433).

7. Debbon essere decise colle leggi relative all'ammortizzazione, non già con quelle riguardanti i padronati, la controversia su di un legato pio, che quantunque fondato prima del 1768, la sua esecuzione dovea aver luogo dopo il 1773; quindi i beni addetti a tal legato pio appartengono agli eredi del gravante, non già a quelli dell'usufruttuario gravato. — C. A. di Lanciano, 18 febbrajo 1817. — CATALANI, 1. 16.

8. Un parroco od un clero che sia nel possesso di esigere una certa quota di generi dai filiani a titolo di decima sacramentale, mentre non si è certo che sia salva per lui la congrua stabilita dalla polizia del regno, debbon esservi mantenuto — La stessa Corte, 30 luglio 1813. (*Ivi*, 1. 124).

9. Gli effetti del reale rescritto del 17 agosto 1771 in ordine alla vietata ammortizzazione de' beni, cessano quando ai luoghi pii soppressi subentra lo Stato. — Corte di Cass. Nap. 25. agosto 1815. (Suppl. 89. 193).

10. Una donazione o concessione di beni fatti a monasteri o luoghi pii in tempo permesso, coll'espressa condizione della riverzione ai donanti o concedenti, nel caso che in qualunque tempo e per ordine di qualsivisia autorità fossero soppressi, debbon avere il suo effetto contro il real demanio, dopo la soppressione verificata. La stessa, 18 giugno 1814. — (CATALANI, 1. 138.

TITOLO II.

DELLA PROPRIETÀ' (1).

La proprietà è perfetta ovvero imperfetta.

La proprietà è perfetta quando l'esercizio del dritto del proprietario non può essere turbato per effetto di alcun dritto appartenente ad un altro particolare.

Può definirsi: il dritto (2) di godere di una cosa e disporne a sua voglia (3), purchè non se ne faccia un uso proibito delle leggi o dai regolamenti. 544
469

Godere: cioè, ricavar dalla cosa tutti i frutti, tutto il vantaggio ch'essa è suscettibile di procurare.

Disporre: cioè trasformare la cosa, deteriorarla, alienarla ed anche dissiparla, se così piace al proprietario (4).

A sua voglia: poichè niuno può esser costretto di cedere la cosa della quale è proprietario, se non per 545
causa di pubblica utilità (5), e mediante una giusta in- 470

(1) Osservate nelle opere di POTHIER *il Trattato della proprietà*.

(2) Bisogna ben distinguere il dritto di proprietà in se stesso dall'esercizio del medesimo. Così il minore, l'interdetto, la donna maritata, sono realmente proprietari, quantunque la legge per loro proprio interesse, o per motivi di ordine pubblico, loro interdica l'esercizio de' principali dritti annessi alla proprietà. Del pari il debitore pignorato è proprietario fino all'aggiudicazione; ed intanto non può disporre. (*Cod. di proced.* art. 690 † 768 e 692 † 771).

(3) Dal che risulta il dritto di rivendicarla contra chiunque la possiede senza nostro consenso; e ciò per l'azione in dritto chiamata *rivendicazione*. Questa azione non vien accordata che al proprietario; e come *onus probandi incumbit actori*, ne segue che chi l'intenta dee provare d'esser proprietario; ed in ciò appunto questa azione differisce essenzialmente dalla possessoria, la quale non ha altro fine che di reclamare il possesso della cosa, o farvisi mantenere, e pel successo della quale basta provare che taluno aveva il possesso legale della cosa al momento in cui ne fu privo.

(4) *Dritto di trasformare*: Il proprietario di una terra coltivabile può farne uno stagno, può piantarvi un bosco. *Dritto di deteriorare*: egli può lasciarla incolta. *Dritto di perdere*: il proprietario di un quadro può cancellarlo; quello di un libro può gettarlo alle fiamme.

(5) In questo modo, non è mestieri che vi sia necessità, basta che vi sia utilità. Vi sono similmente de' casi ne quali è sufficiente

dennizzazione (6). In questo caso l'espropriazione si esegue

l'utile particolare, come negli articoli 660, 661 e 662 § 581, 582 e 583 (a).

Nota. Un parere del Consiglio di stato, approvato il 12 gennaio 1811 (*Bullett.* n. 6467) ha dichiarato, che la disposizione di un antico arresto del Consiglio del 9 luglio 1718, che autorizzava i fabbricanti di salnitro a continuar di godere, anche dopo lo spirar de' fitti, gli stessi luoghi ove avevano stabilito le loro officine, non dovesse più aver forza di legge.

(6) Quegli la di cui abitazione ha dovuto demolirsi in caso d'incendio, perchè il fuoco non si comunicasse, ha egli diritto ad un'indennità? Io non lo credo. Vi ha presunzione in detta ipotesi che

(a) Nelle Osservazioni a questo Titolo vedremo che il nostro legislatore promise di pubblicare un regolamento che stabilisse le forme sia per verificare se l'utilità pubblica fosse reale, sia per determinare il valore dell'oggetto consacrato a questa utilità. In attenzione di esso non sarà discaro ai lettori trovar qui indicate quelle stabilite in Francia colla legge degli 8 marzo 1810 semplicemente citata dal nostro Autore nel testo. Le disposizioni della medesima riguardano i seguenti punti.

1. Determinare l'utilità pubblica che rende necessaria la spropriazione forzata. Ciò non può farsi che con un decreto reale, potendo solo il Re ordinare i pubblici lavori o le compre de' terreni o edificj destinati ad oggetti di pubblico vantaggio.

2. La designazione delle proprietà sottoposte alla spropriazione, la quale quando non sia nello stesso decreto indicata, debb'esser fatta dal Prefetto che le determina con una ordinanza. Ma siccome allora comincia per i proprietarj l'esercizio de' dritti proprj a garantirli sia dal dispotismo degl'ingegneri, sia dalle deliberazioni o poco riflettute o ingiuste dell'amministrazione, non possono designarsi queste proprietà senza esserne intesi i padroni. Quindi il bisogno di una pianta indicativa per otto giorni nelle mani della municipalità coll'avvertimento pubblicato a suon di tromba, e per affissi. Se i proprietarj hanno domande a fare o querele da produrre delbono presentarle ad una commissione preseduta dal sottoprefetto e composta di due consiglieri distrettuali, del maire del comune cui appartengono le proprietà, e d'un ingegnere. Se la commissione pensa doversi osservare la pianta, n'espone i motivi, come se ne progetta de' cambiamenti, intesi in tutto i proprietarj, ed espone sommariamente le loro ragioni, e quelle del di lei parere. In vista di questo processo verbale il prefetto determina diffinitivamente i punti su cui debbonsi dirigere i lavori. Se i proprietarj acconsentono a tal determinazione, il prefetto propone le condizioni della cessione, ed offre loro un'indennità: si regola allora il contratto di vendita nelle forme amministrative. Se i proprietarj ricusano, bisogna forzarli per mezzo della spropriazione.

3. Questa appunto forma il terzo oggetto della detta legge la quale dichiara appartenere siffatta via coattiva all'autorità giudiziaria, e ne assegna partitamente le norme. Se il tribunale civile vede non

172 LIB. II. *Della distinzione de' beni, della proprietà ec.*
per mezzo dell' autorità giudiziaria, ed i tribunali non possono pronunciarla, se non quando l'utilità o la necessità è stata comprovata nelle forme stabilite dalla legge e che consistono :

1. Nell' ordinanza del re che solo può ordinare pubblici lavori, o acquisti di terre, o edifizj destinati ad oggetti di pubblico vantaggio ;

2. Nell' atto del prefetto che destina i siti o territorj sui quali i lavori dovranno aver luogo, allorchè questa destinazione non risulta dall' ordinanza medesima, e nel provvedimento ulteriore col quale il prefetto determina le proprietà particolari alle quali l'espropria è da applicarsi. (*Legge degli 8 marzo 1810* (7), bol. n. 5255, art. 1. 2. 3.)

Se la casa demolita si sarebbe incendiata. La demolizione non ha dunque recato alcun pregiudizio al proprietario (a).

(7) Osservate parimenti quella del 16 settembre 1807 (*bullet. n. 2797*) intorno ai disseccamenti, rapporto ai quali l' articolo 4 dispone che se i proprietari delle paludi ricusano di eseguire i disseccamenti ordinati dal governo, l'autorità superiore è autorizzata a farli eseguire, ed a restituir loro i terreni disseccati: col peso di pagare un' indennità consistente secondo le circostanze sia in una somma di denaro, sia in una rendita del 4 per 100, sia finalmente in una porzione proporzionata del fondo. (Art. 20, 21, 22.) (b).

essersi adempito alle regole prescritte, lo partecipa al prefetto, e le sue risposte si discutono coi proprietarj opposenti.

4. L' indennità: questa non può essere stabilita che d' accordo col proprietario; quando vi è dissenso, appartiene pure all' autorità giudiziaria risolverlo con cognizione di causa. Se potessero gli amministratori assegnar da per loro il prezzo del fondo da cedersi, sarebbero giudici e parti nel tempo stesso. Il tribunale può in questo caso nominare altri periti. Se le offerte del prefetto son giudicate sufficienti, il proprietario è condannato alle spese. Le sentenze sulla fissazione dell' indennità sono soggette ad appello.

5. Finalmente il pagamento preventivo di questa indennità. Ma qui la legge prevedeva il caso in cui circostanze particolari tal pagamento impedivano, ed ordinava quello degl' interessi dal giorno in cui il proprietario fosse stato spropriato; ciò pertanto rimase abrogato dall' art. 10 dello statuto. Quindi non si può più ritardare ai proprietarj tal pagamento al di là di tre anni, e si stabiliscono le forme come costringervi l' amministrazione de' demanj.

(a) Il sig. TOULLIER (nota 1 al n. 280) a tal quistione si contenta di rispondere, che le consuetudini di Bretagna nell' art. 645 davano una indennità, e che DOMAT e FORT la trovavano giusta; ma che il Codice tace su di essa.

(b) Ma in detta legge sono preferiti i proprietarj a far essi il disseccamento conformandosi al progetto, e non è che in caso del loro

Del rimanente, quest' applicazioe non può farsi a veruna proprietà particolare, se non dopo che le parti interessate sono state poste in istato di farvi le loro confutazioni, secondo le regole stabilite dagli art. 5 e seguenti della stessa legge; senza pregiudizio degli accomodamenti volonarij ed amichevoli che possono aver luogo tra esse e l' amministrazione (*ibid.* art. 12).

Qualunque proprietario cui si tolga il possesso di un suo stabile, debb' esserne risarcito. Il pagamento in generale ne debbe esser fatto in contante. Se però circostanze particolari impediscono il pronto pagamento di tutta o di parte della detta indennità, gl' interessi sono dovuti dal giorno del tolto possesso, e pagati di sei in sei mesi, senza però che il pagamento del capitale possa essere ritardato al di là di tre anni, allorchè non vi acconsentano i proprietari. (*ibid.* art. 20).

Da osservarsi ancora il titolo 11 della stessa legge, relativo ai livellamenti, l'ordinanza delle acque e foreste del 1669, la legge del 9 fiorile anno 11, la decisione del Governo del 28 dello stesso mese, e'l decreto del 15 aprile 1811, i quali contengono parecchie modificazioni al dritto di proprietà, relativamente ai boschi e foreste appartenenti a particolari.

Nota. Abbiain veduto qui sopra, nota 6o della pag. 151 che le controversie di proprietà anche riguardo al demanio, dovevan esser portate innanzi ai tribunali (a).

risfuto che il governo può farlo, mediante un' indennità ai proprietari. Ma come riflette il cit. TOULIER, vi è da temere che queste disposizioni lungi dal produrre il bene che sperasi, non servano di pretesto ad avidi cessionarij per sorprendere il governo, e per vessare i proprietari.

(a) Veggasi ciò che nelle osservazioni diremo sul contenzioso amministrativo. Solo ci conviene ricordare al lettore che per la speditezza, regolarità e vigilanza necessaria ai lavori pubblici comunali, si erano emanate dalla Segreteria degli affari interni varie circolari e specialmente quelle de' 3o agosto, 5 ottobre, 7, 11, e 18 dicembre 1811 delle quali si fece menzione nella circolare de' 3o gennaio 1816, e si ordinò la redazione delle perizie con tutti i dettagli di arte a norma del Regolamento annesso alla circolare degli 11 dicembre 1811, e l' esecuzione del lavoro comunale sotto la direzione di un perito sorvegliato da due o tre deputati, scelti dal decurionato fra i notabili del comune, i quali debbono vistare i certificati pel pagamento dell' artefice, e nella fine del lavoro ordinossi la misura generale esaminata e riveduta da un ingegnere di ponti e strade, o da altro idoneo perito, la quale essendo approvata dall' intendente nel consiglio d' intendenza, dovevasi da lui dar l' ordine per la ricezione e regola de' lavori eseguiti, e per lo pagamento dell' artefice a salda

Purchè non se ne faccia un uso proibito: mentre colui che gode i vantaggi della società, dee dalla sua parte compiere gli obblighi ch' essa gl' impone, nel numero dei quali sta quello di non fare della cosa propria un uso contrario alle disposizioni stabilite dalle leggi (8) o dai regolamenti (9), nell' interesse sia del pubblico (10) sia de' cittadini.

La proprietà è imperfetta allorchè l'esercizio del dritto del proprietario può venir disturbato a cagion del dritto appartenente ad altra persona.

Quindi è che a colui il quale ha la proprietà perfetta compete il dritto, come l'abbiam cennato, di dissipare affatto la cosa propria, e con più ragione quello di darle altra forma migliore o peggiore di quella di prima. Ei può egualmente alienarla, e trasferirne così ad altri la proprietà irrevocabile come la tiene egli stesso. Ma se il dritto del proprietario non è irrevocabile in se stesso; se può risolversi a capo di un certo tempo o per l'avvenimento di una certa condizione, come nei beni gravati di restituzione (11), nei beni acquistati con facoltà di ri-

(8) Per esempio quelle che vietano vendere i grani in erba, o di vendere tale o tale altra derrata in ogni altro luogo che nei mercati.

(9) Per esempio quelli che sono relativi all'apertura ed allo scavo delle petriere, come alla costruzione di certe usine le quali possono incomodare sensibilmente i vicini, come le fornaci di calce, di gesso, e generalmente tutte le manifatture, stabilimenti, e laboratorj che infettano l'aria di odor mal sano o incomodo. Da osservarsi l'ordinanza del re del 14 gennaio 1815. (*Bullet.* n. 668); i decreti degli 11 gennaio 1808 (*Bullet.* n. 2926) e del 4 luglio 1813, (*Bullet.* n. 9427) relativi allo scavo delle pietre da fabbricare, e quello del 22 marzo 1813, relativo alla responsabilità di coloro che lavorano a queste petriere. (*SIÈRY*, 1813 2. par. p. 365).

(10) In tal guisa, siccome è interesse pubblico che una miniera, che può essere un oggetto prezioso per tutto il regno, sia cavata, e nel tempo stesso che nol sia se non per mezzo di persone che abbiano il talento ed i mezzi sufficienti per poterne ritrarre il più gran prodotto possibile, il proprietario del terreno in cui si trova, non può porvi mano, senza aver ottenuta la concessione del Governo, il quale può anche accordarla senza suo consenso ad altra persona, se egli non l'abbia domandata, o che non fosse nel caso di far lo scavo (legge del 21 aprile 1810, *Bullet.* n. 5401).

(11) Se io incarico mio figlio o mio fratello di restituire ai suoi figli al momento della sua morte la porzione de' miei beni de' quali dispongo in suo favore, questa porzione dicesi *gravata di restituzione*.

compra (12) ec., è chiaro che il proprietario non può trasferire altrui un dritto irrevocabile che non ha egli stesso; non può degradare la cosa in pregiudizio di quelli che possono aver dritto di reclamarne la restituzione; non può cambiarne la forma, ec. La sua proprietà è dunque in questo caso una proprietà imperfetta (13).

Inoltre colui che ha la proprietà perfetta di un fondo ha il dritto d'impedire a qualunque altra persona di usarne, e quello d'interdirne a chicchessia l'ingresso ed anche la vista sino ad un certo punto. Ma se il proprietario vicino ha dritto di passarvi, di attignervi acqua, di avervi anche delle vedute immediate (14), facilmente si concepisce che anche in questo caso il proprietario non ha che una proprietà imperfetta.

Finalmente, colui che ha la perfetta proprietà tiene il dritto di usare della cosa, e di goderne, vale a dire di servirsene a suo piacimento e percepirne tutti i frutti. Ma se questo dritto di usare o di godere appartiene in tutto o in parte ad un altro, è chiaro che il proprietario durante il tempo in cui dura questo godimento non ha che una proprietà imperfettissima.

Risulta da questi particolari che possono darsi infiniti dritti reali staccati dalla proprietà, e che ne sono come altrettanti smembramenti. A maggiore facilità noi li ridurremo a due specie principali che comprenderanno tutte le altre: *dritto di godimento e dritto di servitù*.

Il dritto reale (15) di godimento può comprendere

(12) Io vendo la mia casa sotto la condizione che potrò tra due anni riprenderla, restituendo il prezzo dell'acquisto. È questa una vendita fatta con *facoltà di ricompra*.

(13) Si tratterà di questi differenti casi ne' Titoli che li concernono.

(14) La veduta è *immediata*, quando il muro ove l'apertura è praticata, riguarda immediatamente sul fondo vicino. Si può aver la veduta sul fondo vicino senz'aver il dritto di prospetto, basta che il muro sia ad una certa distanza dalla linea di separazione de' due fondi. In questo caso il vicino non ha perciò meno la proprietà perfetta del suo fondo, poichè egli può, se lo giudica a proposito, innalzare il suo muro a tale altezza da impedire che da altri si veggia ciò che si fa nella sua proprietà: ciò che far non potrebbe se il vicino avesse un dritto di veduta (Art. 701 § 622).

(15) Fa d'uopo osservare, che noi non consideriamo qui il dritto di godimento se non in quanto esso è dritto reale, vale a dire smembramento della proprietà. Ciò è tanto più essenziale a riflettersi in

in tutto o in parte i prodotti della cosa. Nel primo caso chiamasi *usufrutto*; nel secondo prende il nome di *uso*, se si applica ad un fondo, e di *abitazione* se trattasi di una casa. Noi tratteremo di queste tre specie di dritti nel Titolo seguente, e del dritto di servitù nel Titolo IV ed ultimo del presente Libro (16).

quanto che esistono molti altri casi nei quali si può avere il godimento della cosa altrui, senza avere perciò il *jus in re*, come nella locazione, nel comodato, nell' anticresi: e ciò che pruova che in questi casi il dritto di godimento non fa parte della proprietà, si è che il valore della cosa non se ne trova in nulla o quasi nulla diminuito nella mano del proprietario. (Osservate la seguente nota).

(16) Io non parlo qui dell' ipoteca, che è pure un dritto reale, ma solamente nel senso che essa produce l' azione reale, vale a dire che può essere esercitata contra qualunque detentore. In fatti bisogna riflettere, che io non tratto qui de' dritti reali, ~~che~~ non quando sono smembramenti della proprietà, vale a dire, ch' essi fanno realmente parte del dominio della cosa, e che ne aumentano o ne diminuiscono il valore, secondo che siano riuniti alla proprietà, o che ne siano distaccati. Or questi caratteri non si ravvisano nell' ipoteca: essa non è uno smembramento della proprietà, e non ne diminuisce il valore nella mano del proprietario, il quale venderà sempre il fondo per tutto ciò che può valere, ancorchè gravato d' ipoteche molto al di là del suo valore; nell' atto che spesso non ritrarrà ne anche la metà del prezzo reale, se mai sia gravato di usufrutto.

Può osservarsi un effetto di questa differenza nella nota 23 pag. 324 del vol. 2.

La seconda differenza risultante dalla prima fra l' ipoteca e gli altri dritti reali si è, che l' ipoteca non avendo altro motivo che di assicurare il pagamento di un credito, il proprietario del fondo ipotecato può sempre colla semplice sua volontà, vale a dire rimborsando il creditore anche malgrado lui, fare svanire il dritto reale risultante dall' ipoteca: il che ei non può fare a riguardo di colui che ha sul fondo un dritto reale, detto *smembramento della proprietà*, come un usufrutto, una servitù.

Finalmente una terza differenza si è, che i dritti reali propriamente detti prendono la natura dell' oggetto al quale si applicano, e sono in conseguenza mobili o immobili secondo che tali sono gli oggetti stessi: l' ipoteca al contrario, quantunque non si possa applicare che agl' immobili, segue interamente la natura del credito per la di cui sicurezza è stabilita (a).

(a) Il pegno e l' ipoteca sono dritti reali di cui il Codice non parla che nel 3. Libro che tratta della maniera di acquisire la proprietà. Si possono in effetto considerar due cose, la natura cioè di questi dritti in loro stessi, ed il modo di acquistarli. Sotto il primo punto di vista appartengono al secondo Libro, sotto l' altro al terzo. (TULLIER, l. c. n. 105)

SUL TITOLO SECONDO

Tratta della proprietà questo secondo Titolo; ma così nel Codice che nelle Leggi civili venne in due capitoli compreso il dritto di accessione tanto in ciò ch'è prodotto dalla cosa, come sopra ciò che ad essa si unisce e s'incorpora. Il nostro autore riserbandosi di parlare di questi dritti come mezzi di acquistare nel suo terzo Libro, si limita in questo Titolo alla sola teoria della proprietà compresa ne' tre articoli del Codice civile 543, 544, 545, corrispondenti agli articoli 468, 469 e 470 delle nostre Leggi senza diversità alcuna.

È questo il più breve ma il più interessante titolo di qualunque legislazione, è il palladio dello stato sociale. E qual sarebbe la sorte dell'uomo senza la proprietà? Trasportandosi ove trova l'abbondanza, invece di patria, ei non avrebbe che un asilo da cui si allontanerebbe tosto che cessasse di essergli utile. Egli non vivrebbe che per se solo, segregandosi da qualunque relazione co' proprii simili, languendo in nomada vita, privo del dolce conforto del viver civile; e di tutti gli ajuti delle arti che ne sono la conseguenza. Egli perderebbe lo stimolo dell'interesse produttivo delle passioni che, ben dirette, contribuiscono alla prosperità degli uomini e degli stati. Galleggiando in certo modo su quell'oceano di opinioni di sistemi e di errori che il tempo solleva contro le umane istituzioni, la proprietà accolta già dai giureconsulti romani, è pervenuta sino a noi; e dopo tante scosse ricevute, l'abbiam veduta ristabilirsi nell'antico santuario apertogli dai nuovi legislatori, render l'agricoltore laborioso, diligente ed industrie; aumentar le ricchezze la popolazione il commercio dello stato; dar la mano alle manifatture ed alle belle arti; formar la delizia della società, e l'ristoro de' travagli e de' disagi della vita; in una parola divenire all'ombra delle leggi la culla della pubblica felicità (a).

Dopo quest'omaggio reso alla saviezza del nostro legislatore, ci conviene rischiarare colle patrie leggi varie quistioni cui danno luogo i cennati articoli restrittivi del dritto sulla proprietà; la prima sulle restrizioni stabilite nei primi due articoli; la seconda su quelle indicate nel terzo articolo; la terza

(a) V. Coment. a POTHIER sul Trattato della proprietà. (Ediz. nap. vol. I pag. 23).

sulla limitazione riguardante i monumenti di antichità; la quarta su quella prodotta dalla economia silvana, e termineremo collo esame di alcune risoluzioni di giurisprudenza.

§. I.

Ginistamente si dice nell' articolo 468 che i particolari hanno la libera facoltà di disporre de' beni che loro appartengono, colle *modificazioni stabilite dalle leggi*, e si ripeté nel 469 che la proprietà sia il dritto di godere e disporre delle cose nella maniera la più assoluta, *purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti*.

Queste modificazioni possono aver per oggetto la cosa stessa, ovvero l'uso, o i proprietarj di essa.

1. Riguardano la cosa le leggi che stabiliscono la contribuzione fondiaria sulle altrui proprietà, e tutte le altre imposizioni necessarie al mantenimento ed alla conservazione dello Stato. Senza dubbio ciò diminuisce la proprietà, ma essa non esisterebbe senza lo Stato, al di cui sostegno dee quindi ciascuno contribuire. E quando non una mal intesa fiscalità, ma leggi savie e giuste regolano le contribuzioni a proporzione della rendita de' fondi, quando non son esse dettate dal capriccio ma dal bisogno, quando non un privilegio procurando l'esenzione di alcuni le fa gravitare sugli altri, quando siano a ragion veduta ripartite tra i possidenti: allora le contribuzioni lungi dall'offendere la proprietà, la garentiscono. Ora tra noi non solo il gran lavoro de' catasti è al suo termine, ma siamo assicurati da una savia legge sull'*amministrazione civile*.

Allorchè le circostanze dello stato (sono parole del nostro legislatore) *richiederanno un cangiamento nella proporzione del contributo fondiario, ch'è nostra intenzione di determinare in un modo fisso e permanente, il consiglio provinciale ripartirà tra i rispettivi distretti che non abbiano catasti così detti provvisori il contingente della contribuzione diretta assegnato alla provincia, e pronunzierà sui richiami che si presenteranno a tal riguardo dai distretti medesimi, o da' comuni intorno all'ineguaglianza della ripartizione tra essi* (art. 32 della legge de' 12 dicembre 1816).

Questo stesso consiglio vota la quantità della *sovraimposta facoltativa* che crede necessaria per le spese particolari della provincia, e ne propone l'impiego (art. 3o). Ma il consiglio distrettuale ripartisce tra i rispettivi comuni il contingente della contribuzione suddetta, forma o discute i richiami e li rinvia alla decisione del consiglio provinciale (art. 47). Fi-

nalmente il *decurionato* ch'è il consiglio comunale, esamina la rata della contribuzione diretta assegnata al comune che rappresenta, e trovandola eccessiva, ne forma il richiamo, da rimettersi egualmente alla risoluzione del consiglio provinciale; ed impone sotto l'approvazione dell'intendente le grana addizionali facoltative addette alle spese comunali (art. 68).

2. Riguardano l'uso della cosa tutte le leggi proibitive. » Non come proprietario superiore ed universale del territorio (disse il sig. PORTALIS nel presentar questo Titolo) ma come amministratore supremo dell'interesse pubblico, il sovrano fa delle leggi per regolare l'uso delle proprietà, le quali non sono materia di leggi che come oggetto di protezione e di garanzia, non come oggetto di disposizione arbitraria. Le leggi non sono puri atti di potestà, ma veri atti di giustizia e di ragione: e quando il legislatore pubblica dei regolamenti sulle proprietà dei particolari, egli non interviene già come padrone, ma unicamente come arbitro; come regolatore, pel mantenimento del buon ordine e della tranquillità ».

Ogni proprietario può della sua cosa disporre nella maniera la più assoluta; può anche abusarne, diceva il romano dritto, *quatenus juris ratio patitur*. Può cambiare in peggior lo stato della sua proprietà, ma in modo che non faccia danno a se stesso, poichè allora sarebbe un folle, meritevole d'interdizione, nè danno ad altri, poichè allora sarebbe malefico e meritevole di pena. Così per esempio ciascuno può far del suo giardino quel che vuole, e distruggerlo, e stradicare gli alberi delle sue piantagioni, e gettar a terra un edificio che gli appartiene; ma non può darli alle fiamme senza esser tenuto d'incendio, come se l'avesse commesso sull'altrui (art. 444 Leggi penali). Si può essere padrone d'un naviglio, per isformarlo e farne altro uso, ma non può lo stesso padrone sommergerlo, senz'esser tenuto delle pene inflitte dall'art. 442 delle leggi citate. Si può piantar tutto ciò che si vuole nel proprio campo, ma non si può piantar del tabacco senza osservare i regolamenti su questo dazio: siccome non si può sboscare o dissodare le proprie terre giusta i regolamenti forestali, senz'osservarne le prescrizioni.

Formano parte di queste disposizioni i regolamenti di polizia amministrativa, ossia di polizia urbana e rurale. I regolamenti di polizia urbana hanno per oggetto la conservazione della tranquillità e dell'ordine pubblico; la legittimità ed esattezza dei pesi e delle misure; la vigilanza sull'annona e sui venditori di generi annuari; la sorveglianza sulla conservazione e nettezza delle strade, delle piazze, e dei pubblici stabilimenti; e infine la pubblica salute. Quelli di polizia ru-

rale si propongono la sicurezza e la custodia delle campagne, degli animali, degli strumenti e dei prodotti della terra; non che la ripartizione e l'uso delle acque pubbliche e degli acquidotti pel pubblico comodo (art. 279 della legge citata de' 12 dicembre 1816). Per l'esecuzione di questi regolamenti sono stabiliti de' guardiani comunali addetti alla custodia delle proprietà situate nel territorio del comune (a); ogni proprietario ha il dritto di avere uno o più di essi da lui stipendiati per la particolare custodia delle sue proprietà, nominati da lui, patentati dall'intendente (art. 293), e posti sotto la vigilanza e la dipendenza immediata del sindaco (art. 295). I rapporti di costoro scritti o a voce, ma confermati con giuramento innanzi all'eletto incaricato della polizia, fan fede in giudizio per tutte le contravvenzioni che danno luogo a soli risarcimenti di danni ed a multe pecuniarie, sino a che non sia stabilita una pruova contraria (art. 289 e 290 della detta legge). Per quel che riguarda i guardaboschi ed altri agenti forestali ne farem parola nel §. IV.

3. Tuttochè il dritto di proprietà consista nel godere e disporre de' suoi beni in modo assoluto, ciò non ostante il proprietario non può sempre esercitarlo, e può essere impedito o per un difetto della sua persona, o per qualche imperfezione del suo dritto di proprietà.

I difetti nella persona del proprietario sono: l'età minore (art. 733 Leggi civili), la demenza, l'interdizione (art. 425 e 432), la sommissione della moglie alla autorità maritale (206); e di ciò ne abbiamo già trattato. Ora aggiungiamo quello della persona che rappresenta il corpo morale. Le chiese, i comuni, le corporazioni e tutte le società autorizzate dal Governo si considerano moralmente come altrettante persone, per cui godono de' dritti civili (art. 10); ma esse non ne hanno che l'amministrazione, nè possono alienarli,

(a) „ I guardiani comunali nel recinto del territorio lor confidato fan rapporto di tutte le contravvenzioni a' regolamenti di quel ramo di polizia cui sono addetti, indicandone tutte le circostanze e le pruove; seguono gli oggetti rubati ne' luoghi ove siano stati trasportati, e li sottomettono a sequestro, senza potersi introdurre nelle case fuorchè in presenza di una delle autorità comunali, o di due testimonj vicini di abitazione; arrestano e conducono innanzi al sindaco o al giudice, secondo le differenti giurisdizioni, le persone sorprese nella flagranza, richiedendo in caso di bisogno il braccio forte dell'autorità locale; arrestano e mettono in sequestro presso persona sicura tutto o parte del bestiame colto nell'atto che commette il danno per servire di pagamento del danno e della multa, salvo al proprietario il dritto di ottenerne immediatamente la liberazione, mediante sicurtà prestata innanzi all'autorità locale „ (art. 288 detta legge).

come vedemmo nelle Osservazioni all' antecedente Titolo, se non nelle forme e colle regole che loro son proprie (art. 462).

Può similmente essere una persona incapace di tutto l'esercizio del dritto di proprietà quando questa non è piena perfetta e perpetua, vale a dire quando sia soggetta a finire al termine di un certo tempo, o risolvibile per l' adempimento di qualche condizione, o gravata di dritti reali a favore di qualche persona diversa dal proprietario, o divisa tra il padrone diretto e'l padrone utile, o soggetta a servitù ec. di cui sarà pure trattato in questo secondo Libro.

§. II.

L' altro esame che ci siam proposti di fare sulla proprietà riguarda l' articolo 470 delle nostre Leggi, il quale così dispone: *nessuno potrà esser costretto a cedere una sua proprietà, se non per causa di utilità pubblica, e mediante una giusta e preventiva indennizzazione.*

Unica eccezione è questa al dritto della proprietà. Il bene privato dee cedere al bene pubblico; e sebbene sia vero che anche importa al bene pubblico che il cittadino non sia privato delle sue sostanze e che sia rispettata la proprietà di ciascuno, puré vi sono de' casi così imperiosi ed urgenti, che a vantaggio dell' universale conviene gettar un velo su questo palladio della civile società. Ma tre condizioni essenzialissime richiede la legge: 1. l' utilità pubblica, 2. l' indennità proporzionata, 3. la preventiva soddisfazione della medesima.

1. Ma che s' intende per *utilità pubblica*? Fu impossibile nella discussione fatta in Francia su questo articolo il definirla, poichè impossibile del pari si è preveder tutti i casi ne' quali quest' utile rattrovasi. Ma chi meglio può definirla del sovrano il quale collo stesso occhio paterno rimira non men ciascun privato che l' intero ceto degli altri suoi sudditi? Egli non approverà mai una diminuzione della proprietà se non quando è impossibile il procurarsi questo bene pubblico senza il sacrificio del piacere che ha il privato di godere della sua cosa; poichè a questo solo si riduce l' effetto della cessione della sua proprietà; ed è perciò che non ai tribunali, ma all' amministrazione fu attribuito il giudicare dell' utilità. (a) Creossi quindi colla legge

(a) Si pretese in Francia il concorso dell' autorità legislativa quando si trattasse di privare qualcuno della sua proprietà per causa di utilità pubblica, a' termini dell' art. 545 §. 470 del Codice; ma si decise non esser necessario questo concorso, coll' avviso del consiglio di stato del 1.º, approvato a 18 agosto 1817, per la ragione » che in questo caso non potrebbe il Legislatore intervenire con sicurezza e con dignità in una quistione di fatto la di cui soluzione richiede delle conoscenze lo-

de' 21 marzo 1817 un contenzioso amministrativo le di cui materie essenzialmente distinte e separate da quelle del contenzioso giudiziario vennero sottoposte a diverse autorità che ne giudicassero, e la di cui competenza si estese a tutte le controversie le quali cadendo sopra oggetti dell'amministrazione pubblica, direttamente o indirettamente la interessassero (a). I consigli d'intendenza sono dunque in ciascuna provincia o valle i giudici di questa pubblica utilità per la quale possa il proprietario esser costretto a cedere la sua proprietà; il che si esegue mediante espropriazione ordinata dall'autorità giudiziaria, la quale non può pronunziarla, come il nostro autore osserva su quest'articolo, se non quando l'utilità o la necessità sia stata comprovata nelle forme stabilite dalla legge.

2. Noi dicemmo che il proprietario con ciò non soffre che il sacrificio del piacere nel possesso della propria cosa, per non farla servire che al suo privato uso; poichè tutto il resto gli dev'essere indennizzato. Se il magistrato politico (dice MONTESQUIEU, lib. 26 cap. xv) vuol fare alcun pub-

cali che il Legislatore non sempre ha, e perchè d'altronde egli non dee trasformarsi in giudice sopra quistioni che ordinariamente non presentano che un tenue interesse. » V. il Repert. di SIREY, tom. 7. parte 2, p. 149.

(a) Coll'art. 4 della citata legge furono dichiarati oggetti dell'amministrazione pubblica: 1. le cose che non vengono possedute a titolo di proprietà privata da alcuno; 2. le istituzioni e le forme dirette a conservare l'integrità e la destinazione di esse. Tali sono le strade, le acque, e tutte le altre proprietà che appartengono al demanio pubblico; i beni dello stato, dei comuni e degli stabilimenti pubblici, e per assimilazione anche i beni della real casa, i siti reali, ed i beni riservati alla disposizione del re; le opere ed i lavori pubblici; le contribuzioni pubbliche; tutti gli oggetti dell'amministrazione militare per fornire o lavori militari; le leggi sulla navigazione, relativamente alla legittimità delle prede marittime; le contabilità dello stato, dei comuni e degli stabilimenti pubblici; l'esame e l'giudizio delle quistioni riguardanti il godimento e l'esercizio dei dritti civili; la facoltà di autorizzare lo stato, la real casa, i siti reali, la direzione de' beni riservati, quella de' beni donati e reintegrati allo stato, i comuni e gli stabilimenti pubblici a promuovere azioni in giudizio; e quella di conciliare le amministrazioni suddette coi privati i quali avessero a formar domande in giudizio contro di esse.

Coll'art. 5 si dichiarò non appartenere alle autorità incaricate del contenzioso amministrativo, ancorchè vi fosse interessata l'amministrazione pubblica o lo stato: 1. l'esame ed il giudizio delle azioni tendenti a rivendicare la proprietà di un immobile, o ad asserirne la libertà, salvo per quest'ultimo caso se si trattasse di dipendenza del demanio pubblico; 2. l'esame ed il giudizio delle azioni civili di qualunque natura, nelle quali non cada in quistione la legittimità, la validità o l'interpretazione di un atto dell'amministrazione pubblica.

blico edificio alcuna strada nuova, forza è ch'egli indennizzi; è il pubblico per tal riguardo come un privato che tratti con un altro privato. Gli basti che possa obbligar un cittadino a vendergli il suo fondo, e che lo spogli di quel gran privilegio che ottiene dalla legge civile di non poter essere forzato ad alienare i propri beni. Tutto dee dunque calcolarsi: il prezzo del fondo, il danno che ne risulta al proprietario per questa forzata cessione, il prezzo così detto di affezione ec.

Giusta indegnità, dice la legge, ma non vi sarebbe giustizia se tutto non fosse compensato, a giudizio de' periti dell' arte.

In effetti si prevede ciò dalla citata legge del contenzioso amministrativo. Ivi dopo essersi dichiarata l' esclusiva competenza del *magistrato politico* nel decidere e giudicare di tutti i danni commessi verso i privati dagli appaltatori delle opere pubbliche nell' eseguimento delle loro intraprese, si enunciò nell' art. 11. *quanto alle azioni de' privati per essere indennizzati del prezzo delle loro proprietà occupate o danneggiate per motivo di pubblici lavori, vi sarà da noi provveduto con altra legge particolare.*

È vero che questa legge non è stata ancora emanata, ma il sistema che si tiene in questi casi è quello stesso prescritto nel regolamento della stessa data de' 21 marzo 1816 per lo procedimento delle autorità del contenzioso amministrativo; vale a dire, si eleggono due periti, uno nominato dalla direzione dei ponti e strade ed un altro dal proprietario; costoro fan la stima dell' occupazione da farsi o del valore del danno causato alla proprietà. Su questa perizia rimessa alla Direzione generale, e dalla medesima alla real Segreteria e ministero degli affari interni, si ordina il pagamento da quel ministro sulla real tesoreria.

Se l' occupazione della proprietà per utile pubblico cader dovesse a danno del solo proprietario sarebbe somma ingiustizia, poichè egli dee concorrere al pubblico bene, ma in unione degli altri concittadini ed a proporzione delle sue facoltà. Questo peso dunque debb' essere ripartito sia tra' suoi comprovinciali, sia tra i cittadini distrettuali o comunali, secondo che l' utile riguarda o la provincia o valle, o il distretto, o il comune. Essendo dunque il proprietario indennizzato dall' erario pubblico, egli non viene a contribuire pel rinfanco della tesoreria se non quella parte che gli spetta a tenore della sua possidenza.

Vi è però un caso in cui non che una giusta, ma niuna indennità si debbe al proprietario, e questo è quello dell' abbattimento di un edificio ad oggetto di non far comunicare

agli altri l'incendio: ma ciò non deroga al principio stabilito in quest' articolo; perchè il danno avviene al proprietario come necessaria conseguenza di un caso fortuito; perchè si presume che l' incendio non l' avrebbe rispettato, e quindi la perdita sarebbe stata inevitabile; perchè lo stato non profittò ritrae dalla di lui perdita; e finalmente perchè nella salvezza degli altri sta pure quella del proprietario che soffre il danno.

3. Convien ancora che tale indennizzamento preceda la spropriazione, per potersi questa ordinare dal tribunale. *Giusta e preventiva indennità*, dice la legge. Ciò però non impedisce che in caso di *urgenza* non essendovi l' agio a discutere i motivi del bisogno e ad ammettere una risoluzione amministrativa, non si possa prima occupare l' altrui fondo e poi indennizzarne il padrone. Neanche il vocabolo *urgenza* ha potuto definirsi: ma si comprende che questa debba esser dettata da quella imperiosa necessità la quale non dà luogo a tempo, come in caso di guerra, di lava, di alluvione e simili. Non basta allora il riguardo dell' utilità, ma bisogna quello dell' assoluta necessità. Diversamente si commetterebbe un attentato in violazione della legge la quale assicura il cittadino di non poter esser costretto a cedere la sua proprietà per motivo di utile pubblico, se non precedente giusta indennità.

§. III.

Un' altra limitazione ha tra noi ricevuto il dritto di proprietà che è tutta particolare del regno delle due Sicilie. In un paese classico come il nostro e così ferace di monumenti di antichità, l' utile pubblico richiedeva che si fosse limitata l' altrui proprietà su questi oggetti. Quindi col decreto de' 7 aprile 1807 venne ordinata la sospensione di tutti gli scavi che si trovassero intrapresi per trovar cose antiche, e si proibì l' estrazione di qualunque oggetto di antichità finchè fossero prese le disposizioni per conservar nel paese tutto ciò che poteva esser utile all' istruzione de' regnicoli, o servir di lustro al museo nazionale, oggi real museo borbonico.

Ma col decreto de' 13 maggio 1822 si è data maggiore spiega ed estensione a tale proibizione, vietandosi di togliere dal loro sito attuale i quadri, le statue, i bassi rilievi e tutti gli oggetti e monumenti storici o di arte che esistono nelle chiese ed edifizj pubblici, non che nelle cappelle di padronato particolare (art. 1). Si è vietato eziandio di demolire, o in qualsivoglia modo degradare, anche ne' fondi privati, le antiche costruzioni di pubblici edifizj, come sono i tempj le basiliche i teatri gli anfiteatri i ginnasj, non che le mura di

città distrutte, gli acquedotti i mausolci di nobile architettura ed altro (art. 2); e ciò sotto le pene comminate dalle leggi in vigore (a). E finalmente si è proibito di esportare fuori de' reali dominj ogni oggetto di antichità o di arte ancorchè di proprietà privata, senza il permesso da accordarsi per quegli oggetti soltanto che non sieno di un merito tale da poter interessare il decoro della nazione (art. 3); e venne stabilita una commissione (b) da consultarsi dal re per accordar tale permesso (art. 4 e seg.), in mancanza del quale i contravventori sono assoggettati oltre alle pene delle leggi in vigore, alla perdita di ciò che si tenta di estrarre dal regno (art. 8).

Con altro decreto de' 14 maggio dello stesso anno si è provveduto al regolamento degli scavi. Quei che vogliono intraprenderli debbon prima far costare o che i fondi da ricercarsi siano loro proprj, o che ne abbiano ottenuto il permesso dal possessore, e con tal documento legale vistato dal sindaco del comune possono ottenerne la licenza che sarà accordata dal Re, purchè non si tocchino nè si mettano in pericolo i monumenti ragguardevoli. L'intendente per mezzo del sindaco, e l direttore del museo per mezzo di uno de' socii corrispondenti dell' accademia ercolanense o di altra persona di sua fiducia, debbono invigilar sullo scavo. Nel caso che si scoprissero monumenti di fabbrica antica, statue iscrizioni monete vasi ed arnesi antichi, gl' incaricati ne prendono nota che rimettono ai rispettivi committenti, ma gli oggetti rimangono presso l' inventore, coll' obbligo bensì di non farne alcun uso, nè farli restaurare prima della sovrana autorizzazione. La commissione istituita coll' antecedente decreto cui son rimessi i rapporti diretti alla real Segreteria di stato di casa reale, presi gli opportuni schiarimenti, fa conoscere di qual merito sieno gli oggetti rinvenuti, indicando quelli che per la loro eccellenza debbonsi riguardare come conducenti alla istruzione

(a) „ Chiunque avrà distrutto, abbattuto, mutilato o in qualunque modo deteriorato monumenti, statue o altri oggetti di arte destinati all' utilità o all' ornamento pubblico, ed innalzati dall' autorità pubblica, o per sua autorizzazione, sarà punito col primo al terzo grado di prigionia o confino, e coll' ammenda correzionale „ (Leggi penali art. 261).

(b) Questa commissione porta il nome di *commissione di antichità e belle arti*, ed è composta dal direttore del real museo, da due socii dell' accademia delle belle arti, nominati dal re sulla lista tripla che per ciascuno presenta il presidente perpetuo della Società reale. Il più giovine di detti socii fa da segretario. La durata delle funzioni dei socii medesimi presso la commissione non può eccedere un anno, scorso il quale vengono surrogati da altri socii scelti nello stesso modo (cit. art. 4).

ed al decoro della nazione, e proponendo le misure necessarie perchè se ne prendano immediatamente i disegni, e perchè non sieno esportati fuori stato. Lo stesso ha luogo se per caso si scoprissero monumenti statue ec., dovendone l'inventore dar notizia al sindaco del luogo entro il termine di tre giorni. Comunque però essi si trovino, tutti gli oggetti de' quali si tratta, e qualunque ne sia il merito, vengono considerati come proprietà degl'inventori a' termini della legge. Se però costoro contravvenissero dolosamente alle prescritte disposizioni, in ciascuno de' casi sarebbero soggetti alla perdita degli oggetti trovati, o, non esistendo più, ad una multa corrispondente da fissarsi a tenore delle leggi vigenti.

§. IV.

Altro impaccio al dritto di proprietà non scompagnato da vessazione si soffriva per l'economia silvana; e sebbene l'augusto Genitore dell'attuale nostro Monarca avesse adottata la massima di lasciarsi tutta l'estensione a questo dritto qualora si esercitasse senza nuocere ad altri, pure colla legge del 18 ottobre 1819 che stabilì le attribuzioni della Direzione generale delle acque e foreste, non si giunse a determinar con precisione i limiti della condizione suddetta, in modo, che l'oggetto dell'utilità pubblica fosse vero e non apparente (come spesso addviene per inconsiderato genio di novità), ed il sacrificio del dritto di proprietà fosse il meno possibile (a). Quindi contro le disposizioni di detta legge e contro gli agenti forestali, frequenti furono le suppliche umiliate al Real Trono da' privati proprietari, e le rimostranze delle pubbliche Amministrazioni, avvalorate benanche dalle osservazioni de' Consigli provinciali, il che diè luogo a nuovo esame della medesima, e quindi alla pubblicazione della nuova *legge Forestale* del 21 agosto 1826.

Con essa, divise le selve i boschi e le terre salde non in riguardo alla loro natura, ma secondo la qualità delle persone alle quali appartenevano, si lasciò la custodia e la piena am-

(a) " L'esperienza ha dimostrato (dicesi nel preludio della nuova legge forestale) che i risultamenti di utilità pubblica non abbian compiutamente corrisposto ai sacrificj de'dritti di proprietà che la legge imponeva, sia che gl'impiegati forestali, come nelle nuove istituzioni per lo più accade, per zelo smodato avessero i sacrificj de' privati accresciuti; sia che persone potenti avessero delle disposizioni della legge abusato; sia che la stessa Direzione generale residente in Napoli non avesse potuto direttamente vegliare ne' luoghi lontani alla repressione degli abusi. „

ministrazione alla Direzione generale, sol per quelle appartenenti allo Stato, che formarono la prima classe. Per quelle appartenenti ai comuni ai pubblici stabilimenti ed ai corpi morali (a), che formarono la seconda classe, si rese agli amministratori il pieno dritto di custodia e di amministrazione, lasciando alla Direzione generale la semplice vigilanza sulla conservazione e miglioramento de' boschi, selve e terre salde delle rispettive corporazioni. E finalmente per quelle appartenenti ai privati, formanti la terza classe, si dichiarò dovernessi godere come degli altri loro beni, riserbato solo alla Direzione generale il denunziare e l'impedire ogni sboscamento o dissodamento praticato senza permesso.

Per ottenere questo permesso si ordinò dirigersi la domanda all'Intendente della provincia, il quale dispone che l'ingegnere di acque e strade addetto alla provincia, il guardia-generale del circondario forestale ed il sindaco del comune nel cui territorio giace il fondo che si vuol dissodare, verifichino se questo abbia le condizioni richieste per accordarsi la permissione, e ne distendano processo verbale, da rimettersi alla Direzione generale, la quale inteso il Consiglio forestale ne fa rapporto al Ministro delle Finanze per la sovrana risoluzione.

Non minore vantaggio si ottenne pel taglio de' boschi di alto fusto che non poteva farsi senza la precedente visita degli agenti della Marina, mentre ciò si è limitato a quelli soltanto dello Stato; e pe' boschi delle corporazioni e luoghi pii laicali ed ecclesiastici, si è accordato agli agenti della real marina di poter concorrere all'acquisto del legname, ma senz'alcun privilegio, e come si farebbe da ogni particolare. Per i boschi de' privati, si è deciso aver essi la facoltà di far de' tagli ne' tempi e ne' modi che credono, qualunque sia la qualità degli alberi che intendono recidere, senz'alcun previo permesso, senza visita, senza le martellate, nè alcun'altra delle antecedenti vessazioni.

Si è però stabilito pe' boschi di pertinenza delle corporazioni e luoghi pii suddetti, che quando nel taglio vi fossero alberi utili per la reale Marina, l'Intendente sia nell'obbligo di prevenire l'agente della medesima, il quale fral termine di tre mesi dal ricevuto avviso proceder debba alla visita de' tagli progettati per scegliere gli alberi atti a costruzione e far marchiare quelli che crede necessari, e quelli di speranza: ma scorsi i tre mesi, la visita si avrà come fatta. Se poi fossero scelti e marchiati

(a) Tra quali si compresero indicatamente le mense vescovili, i monasteri, i seminari, i capitoli, le parrocchie, ed ogni altro corpo morale ecclesiastico.

ne sarà pagato il prezzo a tenore della tariffa, inserita nella legge suddetta, prima di trasportarsi il legname; e questo trasporto dovrà seguire nel corso dell'anno dall'epoca del taglio, scorso il quale, l'aggiudicatario o la Direzione generale possono disporre altrimenti del legname, o costringere la real Marina a ritirarlo, pagandone il prezzo.

Finalmente si sono stabiliti gli agenti forestali, e lasciati quelli sotto la dipendenza del Direttore generale nel modo fissato nel real decreto del 25 febbrajo 1826; si è disposto che i guardaboschi de' comuni saranno nominati dagl'Intendenti sulla proposizione de' decurionati; per i boschi e selve de' pubblici stabilimenti, e de' corpi morali la nomina si farà dai rispettivi Amministratori; le patenti agli uni ed agli altri si daranno dagl'Intendenti dopo le convenienti autorizzazioni del Ministero della polizia, e datone avviso all'ispettor forestale per la conoscenza della Direzione generale (a). Ogni privato proprietario di boschi e selve può avere un guardaboschi a sue spese facendone la dimanda all'Intendente, il quale dopo le convenienti autorizzazioni del Ministro della polizia generale rilascerà la patente; la di cui approvazione sarà necessaria espressamente pel numero, se si volesse più di un guardaboschi. Costoro hanno le stesse facoltà attribuite a' guardaboschi dello stato, de' comuni, e de' corpi morali per la compilazione de' processi verbali che potranno aver corso in giudizio (b); e nessuno potrà esser ammesso al servizio del ramo forestale se non abbia compiuto il ventunesimo anno.

(a) Ma possono gl'Intendenti provvedere che il guardaboschi di un comune venga pure incaricato della custodia de' boschi vicini, appartenenti sia a' comuni limitrofi, sia a' pubblici stabilimenti e corpi morali, ripartendo la somma de' soldi fra i comuni, gli stabilimenti ed i corpi morali rispettivi.

(b) I processi verbali distesi dagl'ispettori forestali, o da altri funzionarii di grado ad essi superiori, fanno piena pruova in giudizio fino all'iscrizione in falso, pe' soli fatti che ne sono l'oggetto, purchè siano relativi a reati forestali, rivestiti delle forme fissate dall'art. 131, e vi sia atto di flagranza a' termini dell'art. 50 della IV. parte del Codice. Quelli di ciascun guardia-generale e altro agente di grado inferiore, fanno pur piena pruova sino all'iscrizione in falso quando siano corredati dalle forme, ratificati a termini dell'art. 132, fatti nella flagranza, e l'ammenda sola o unita al danno non eccedano i venti ducati: eccedenti, han bisogno della convalida di altro testimone presente all'atto, sia o no agente della Direzione, per goder di questo privilegio. I processi verbali che non contengono questi requisiti sono discussi con altre pruove a carico e discolpa, valutabili dal giudice secondo il suo criterio morale. V. in d. legge gli articoli 134 e seguenti.

Queste ed altre benintese migliorazioni fatte nell'economia silvana han reso alle selve ai boschi ed alle terre salde quel prezzo che avean perduto, ed han posto un altro suggello al sacro dritto della proprietà manomesso nella legislazione francese colle leggi forestali (a).

§. V.

A chiudere le Osservazioni su questo Titolo converrebbe secondo l'adottato sistema indicare quegli altri casi risolti su questa materia dalla Giurisprudenza delle Corti supreme, non mentovati dal nostro Autore. Ma sono tanti quelli che o direttamente o indirettamente si riattaccano al dritto della proprietà, che val meglio riserbarlo ne' rispettivi contratti, limitandoci solo adesso alla distinzione tra il decotto ed il fallito rapporto all'amministrazione o disponibilità de' beni, ed alle quistioni sulla competenza dell'autorità giudiziaria nell'ordinarsi le sproprie e stabilirsi le indennità ne' casi di utilità pubblica.

1. Riguardo al primo, tutto che l'art. 544 e 469 assuma il principio di poter ciascuno disporre delle sue cose nella maniera più assoluta, pure una eccezione viene stabilita dal Codice di Commercio rapporto al fallito, il quale dal giorno del fallimento è spogliato del dritto dell'amministrazione di tutti i suoi beni (art. 442 + 439), e non solo non può di essi più disporre, ma qualunque atto traslativo di proprietà di beni stabili, fatto dal fallito ne' dieci giorni che precedono l'apertura del fallimento, se lo sia a titolo gratuito è nullo e senza effetto relativamente alla massa de' creditori, e se lo sia a titolo oneroso, può essere annullato sulla domanda de' creditori, quando sembri ai giudici ch'esso presenti caratteri di frode (art. 444 + 436). Ma queste disposizioni sono esse ristrette al solo commerciante fallito, o possono estendersi al non commerciante che cade in decozione? In altri termini, colui che si è reso insolvibile, perde forse, come il fallito, l'amministrazione e la disponibilità de' suoi beni? La Corte di Bruxelles costantemente si è tenuta per l'affermativa colle decisioni del 25 agosto 1809, del 17 febbrajo 1810, e del 25 marzo 1811 (Sirey, 7, 2, 954; 10, 2, 235, e 11, 2,

(a) Queste disposizioni allora che furon pubblicate non riguardavano che i domini al di quà del Faro, e tra essi furono eccettuati soltanto i fondi posti nel tenimento delle regie Sile delle Calabrie, pe' quali furon riserbate le provvidenze: ma col decreto del 26 marzo 1827 la nuova legge forestale si è estesa alla Sicilia.

280). Ma la corte di Parigi colle decisioni del 12 fruttidoro anno XI, e 21 marzo 1810 (*Ivi*, 7, 2, 958 e 974), quella di Rennes colla dec. del 24 marzo 1812, di Nancy del 5 dicem. 1811, e di Tolosa del 20 aprile detto anno (*Ivi*, 12, 2, 313 e 382, e 13, 1, 124) si tennero per la negativa; che ci sembra più ragionevole, e che ottenne il suffragio della Cassazione francese col rigetto de' ricorsi, come dalle decisioni dell' 11 febbrajo e 2 settembre 1812 (*Ivi* 12, 1, 131, e 13, 1, 124). Veggasi inoltre la dissertazione del SIREY su questa quistione nella sua Raccolta tom. 11, parte 2, pag. 273 e 417.

2. Non è indifferente tra noi la quistione se all' autorità giudiziaria o all' amministrativa compete l' esame dell' esercizio dell' azione sia per la espropriazione del fondo necessario al pubblico uso sia per stabilirne l' indennità. La legge del 21 marzo 1817 sul contenzioso amministrativo dice apertamente che » non potranno mai appartenere alle autorità incaricate » del contenzioso amministrativo, ancorchè vi sia interessata » l' amministrazione pubblica o lo Stato, l' esame ed il giudizio » tendenti a rivendicare la proprietà di un immobile o ad as- » serirne la libertà, salvo per quest' ultimo caso le disposi- » zioni contenute nell' art. 6 della presente Legge (a) ». Ma sia per l' eccezione aggiuntavi, sia per attendersi ancora il regolamento per le azioni da esercitarsi da' privati per essere indennizzati, questa quistione non è bene assodata tra noi, e quasi sempre l' autorità amministrativa invade il potere giudiziario. A dar le dilucidazioni necessarie per stabilire l' esercizio dell' autorità giudiziaria in questi casi, giova indicare le seguenti applicazioni fatte dalla legislazione francese.

1. Quantunque appartenga ai tribunali di giudicare le quistioni sulla proprietà, essi non possono sotto pretesto di eccesso di potere riformare gli atti di amministrazione nè sospenderne l' effetto. — Decreto del 20 febbrajo 1809. — SIREY 17, 2, 112.

(a) Ecco come si spiega l' art. 6 citato „ Eccetto i sentieri, ossia le strade vicinali, quelle cioè che sono stabilite per lo comodo e per l' accesso tra due o più fondi vicini, tutte le controversie che insorgeranno sulle altre strade, e che riguardino l' occupazione di tutta, o di una parte della di loro area, o la riparazione dei danni cagionativi, o l' obbligo di mantenerla, apparterranno ai giudici del contenzioso amministrativo. „ E nel seguente art. 7 estendesi questa disposizione ai lidi, ai fiumi, ai canali, dighe, ponti, strade o sentieri che li appoggiano o che servono di comunicazione fra loro, alle piantagioni che servano di sostegno di comodo o di ornato, sia alle strade, sia alle ripe, ed in generale a tuttociò ch' è una dipendenza del demanio pubblico, delle strade, o delle altre proprietà pubbliche.

2. L'esproprie per causa di utilità pubblica non possono farsi se non dall'autorità giudiziaria, provata prima l'utilità, ed intese in contraddizione le parti contro di cui si domanda l'espropriazione. — La indennità è regolata dai tribunali, se non può farsi all'amichevole; il pagamento si fa in conformità dell'art. 545 + 470 del Codice civ. — Legge degli 8 marzo 1809 — *Ivi*, 10, 2, 101.

3. Appartiene all'autorità giudiziaria di pronunziare sulle difficoltà relative alla fissazione di una indennità a cui un particolare pretende aver dritto, tanto per la cessione di un terreno di cui fosse stato spogliato per causa di utilità pubblica, quanto per ragion dei danni che l'esecuzione dei lavori pubblici potessero cagionare sulla sua proprietà; ma quest'autorità eccederebbe i suoi poteri nel cedere la proprietà di porzioni di strade e di letti di fiumi in pagamento di tali indennità. — Ordinanza del 20 novembre 1816 — *Ivi*, 18, 2, 83.

4. Appartiene ai tribunali di deliberare sulle indennità dovute ai proprietari il cui edificio è occupato *temporaneamente* per l'utilità pubblica. — Tal principio è applicabile al caso in cui l'Amministrazione disponga di un edificio per sala di spettacoli. — Ordin. del 10 febbrajo 1826. — *Ivi*, 18, 2, 89.

5. Il dritto che hanno i comuni di obbligare i proprietari delle piazze a vendere o locar loro questi stabilimenti, non li autorizza a spogliarli senz'aver prima assicurato loro una giusta indennità conformemente all'art. 545 + 470 del Cod. civ. — In questo caso appartiene al tribunale di fissare la indennità, come in tutti gli altri casi di spropriaione per causa di utilità pubblica. — Ordin. del 2 giugno 1819. — *Ivi*, 19, 2, 193 e 194.

6. Il proprietario di poderi situati lungo una strada vicinale, a spese di cui sia stata la strada medesima allargata, può citare il comune davanti i tribunali, 1.^o per sentir pronunziare che il terreno con cui è stata allargata la strada, era sua proprietà; 2.^o che gli è dovuta una indennità come nel caso di spropriaione per utilità pubblica. — Invano la giustizia amministrativa rivendicherebbe la conoscenza dell'uno o dell'altro di questi due rami della contesa — Ordin. del 3 giugno 1818. *Ivi*, 18, 2, 309.

TITOLO III.

DELL' USUFRUTTO, DELL' USO, E DELL' ABITAZIONE.

CAPITOLO I.

DELL' USUFRUTTO (1).

L' usufrutto è il dritto di godere della cosa altrui, sotto condizione di serbarne la sostanza e la forma (2);

(1) (Vedete il Trattato della sopravvivenza in POTHIER, cap. 5, 6 e 7).

(2) Io ho cangiato qualche cosa alla redazione dell' art. 528 § 503. Vi si dice in primo luogo che l' usufruttuario ha il dritto di godere come il proprietario; lo che non è esatto, poichè il proprietario ha sempre il dritto di cangiare il modo del godimento, ma l' usufruttuario non lo può sempre (art. 592 § 517 e 598 § 523). L' articolo 34 del senatoconsulto dell' 8 glaciare anno 12 sull' amministrazione delle senatorie, vieta ai titolari delle medesime, i quali possono esser considerati come degli usufruttuarij, di cangiar la natura della coltivazione dei beni rurali che ne dipendono (bull. n.º 3377).

In secondo luogo, l' articolo impone solo all' usufruttuario l' obbligo di conservare la sostanza. Io sono di avviso ch' egli sia egualmente tenuto a conservare la forma. (L. 7 §. 3 ll. 8 e 13. §. 4 e 7 de usufructu). Se l' opposizione però del proprietario fosse evidentemente fondata sopra motivi di cavillazioni o di malevolenza, io credo che potrebb' esser rigettata; se per esempio egli si opponesse che l' usufruttuario dissodasse una terra incolta, o terminasse un edificio cominciato: *malitiis non est indulgendum*. Intanto la legge 61 ff. de usufructu decide che in quest' ultimo caso l' opposizione de' proprietarij sarebbe fondata. Ma io considero ciò come una sottigliezza da non ammettersi nel nostro dritto; tutto al più il proprietario avrebbe la facoltà d' invigilare acciò terminando l' edificio non si cangi la pianta ed i disegni secondo i quali fu incominciato (a).

(a) È troppo chiara la legge 61 citata dall' autore, e non pare che sia sottigliezza del roman dritto, ma conseguenza del principio che l' usufruttuario non possa senza consenso del proprietario cambiar in menoma cosa lo stato del fondo datogli in usufrutto. *Edificium inchoatum, fructuarium consummare non posse placet; etiamsi eo loco aliter uti non possit. Sed nec ejus quidem usumfructum esse; nisi in constituendo vel legando usufructu hoc specialiter adjectum sit, ut utrumque ei liceat. È pure da osservarsi che il nostro autore, il quale nella definizione ha aggiunto di non cambiarsi nè la sostanza nè la forma, si oppone in questo caso a tal disposizione delle leggi romane, nell' atto che il TOULIER il quale non ha aggiunto la forma nel definir l' usufrutto, sostiene (num. 425) che non possa compirsi l' edificio di cui è quistione, senza che ne sia conceduta la facoltà.*

Tit. III. Dell' usufrutto, dell' uso, e dell' abitazione. 193

587 o, se la cosa è fungibile, di renderne egual quantità qualità
512 e valore, o di pagarne la stima al termine dell'usufrutto.

579 L' usufrutto è stabilito dalla legge o dalla volontà
504 dell' uomo.

Dalla legge: in favore dei padri e delle madri in
due casi: 1. per effetto della patria potestà, e su i beni
384 dei loro figli viventi, sino all' epoca stabilita dalla legge;
298 e 2. sopra una porzione dei beni dei loro figli premorti
senza prole e senza altri ascendenti che abbiano dritto
754 di succedere, nè fratelli o sorelle, nè discendenti di
T. questi (3).

Dalla volontà dell' uomo: per convenzione, donazione-
tra vivi o testamentaria (4).

580 L' usufrutto può essere costituito o *semplificemen-*
505 *te* (5), o per un tempo determinato (6), o sotto condizio-

(3) Può considerarsi ancora come un usufrutto legale il dritto in virtù del quale i frutti e le rendite de' beni personali de' coniugi maritati senza contratto appartengono alla comunione (art. 1401 † T), come anche il dritto dato dall' art. 127 † 133 agl' immessi in possesso de' beni di un assente, di percepire in tutto o in parte i frutti de' suddetti beni.

(4) E con le formalità richieste per questa sorta di atti.

Osservate inoltre che l' usufrutto essendo uno smembramento della proprietà (a), non può essere concesso che dal proprietario il quale abbia capacità di alienare. Se sia stato concesso *a non domino*, può essere acquistato colla prescrizione di trent' anni, o se vi ha buona fede, con quella di dieci. Così fu deciso in cassazione, e con ragione, il 17 luglio 1816 (Sirey, 1817, 1. par. p. 153).

(5) Nel qual caso esso incomincia immediatamente, e cessa comè sarà detto qui appresso.

(6) Ciò può intendersi in due modi: In primo luogo *ex die*, per non cominciare che in tale giorno: *io dono e lego l' usufrutto della mia terra a Pietro da cominciare un anno dopo la mia morte*. L' usufrutto comincia il primo giorno del secondo anno e finisce ne' modi ordinarii. In secondo luogo, *ad diem*, per finire in tal giorno: *io do e lego ecc. durante dieci anni*. L' usufrutto principia immediatamente, e termina allo spirar del decimo anno. Si vede d' altronde che lo stesso usufrutto può essere *ex die* e *ad diem*.

Ma *quid* se l' usufrutto sia stato stabilito *ad diem*, e che l' usufruttuario venga a morire prima dello spirar del termine? La legge 12, Cod. *de usufructu*, decide che in questo caso l' usufrutto vien estinto colla morte dell' usufruttuario, dietro il principio che il termine è reputato aggiungersi per abbreviare piuttosto che per prolungare la durata del godimento. Questa decisione sarebbe probabilmente ammessa nel

(a) *Usufructus, dice la legge 4 ff. de usufr.*, in multis casibus pars domini est.

194 LIB. II. *Della distinzione de' beni, della proprietà ec.*
ne (7), sopra qualunque specie di beni mobili o immo- 581
bili, fungibili o non fungibili. 506

L'usufruttuario di un oggetto qualunque ha il dritto di goderne interamente, vale a dire di ritrarre dalla cosa ogni specie di frutto che essa può legittimamente 582 procurare; ma se ha dritto di godere, egli non può di- 507 sporre, nè per conseguenza abusare della cosa non fungibile (8), cioè deteriorarla ovvero applicarla ad uso diverso da quello cui naturalmente è destinata.

Dalla combinazione di questi due principj nascono tutte le disposizioni relative ai dritti ed alle obbligazioni dell'usufruttuario, oggetto delle due sezioni seguenti. Come poi si estingua l'usufrutto, il vedremo in una terza sezione.

nostro dritto relativamente all'usufrutto costituito a titolo gratuito; poichè di questa specie di usufrutto soltanto è questione nella legge 12. Ma se fosse costituito a titolo oneroso, io opino che la convenzione dovrebbe strettamente eseguirsi (a).

Quid se un testatore ha legato la nuda proprietà di un fondo, senz'altro determinare in quanto all'usufrutto? L'usufrutto apparterrà ai suoi eredi, e finirà colla morte dell'ultimo superstite (L. 14, Cod. de usufructu).

(7) Sospensiva o resolutoria. Sospensiva, allorchè l'usufrutto non dee cominciare se non quando tale avvenimento avrà, o non avrà luogo. Resolutoria, quando comincia immediatamente, ma dee finire nel caso che tal avvenimento succeda o non succeda.

(8) Si avverte in fatti la ragione perchè questi principj non possono applicarsi alle cose fungibili, sulle quali non si può realmente stabilire alcun usufrutto propriamente detto. Questo è piuttosto un prestito che un usufrutto: ed è ancora un vero prestito quando vien costituito per atto fra vivi (b).

(a) Ma questa convenzione, riflette il Toullier l. c. num. 389, cambierebbe la natura dell'usufrutto.

(b) Era questo il sentimento di Lacombe nella Giurisprudenza civ. alla voce Usufrut. sez. 2, n. 1. Ma questi autori s'ingannano, dice Toullier l. c. n. 397. L'usufrutto d'una somma di danaro costituito con atto tra vivi per dieci anni, per esempio, differisce essenzialmente dal prestito, mentre l'usufruttuario morendo dopo un anno, i suoi eredi sono obbligati a restituir la somma senz'attendere lo scorrer del decennio, quando che gli eredi di colui che ha ricevuto il prestito gode della dilazione accordatagli.

SEZIONE PRIMA.

Dei dritti dell' usufruttuario.

Siccome l' usufrutto consiste nel dritto di godere della cosa, e quindi di percepirne i frutti, conviene prima di tutto far conoscere ciò che per *frutti* debbasi intendere.

I frutti sono i prodotti ordinarij della cosa, sia che nascano dal corpo istesso della cosa, o vengano percepiti alla sua occasione. Indi una prima divisione di frutti in naturali e civili.

I frutti naturali son quelli che nascono dal corpo medesimo della cosa, come le messi: sono puramente naturali quando vengono da loro stessi senza l' abituale soccorso (9) dell' industria dell' uomo, come i boschi, il crescer degli animali, (a) ec.; altrimenti, si chiamano industriali.

I frutti civili son quelli che non nascono dal corpo medesimo della cosa, ma che alla sua occasione vengono percepiti, come il pigione delle case, il prezzo dei fitti dei fondi locati (10), l' interesse dei capitali.

Stabilite siffatte distinzioni, noi diremo che i dritti dell' usufruttuario variano secondo la natura della cosa soggetta all' usufrutto.

(9) Poichè se non si riguardassero come frutti naturali che quelli i quali assolutamente non hanno alcun bisogno dell' industria umana, se ne diminuirebbe sensibilmente il numero, mentre i boschi stessi hanno sempre bisogno di qualche cura, quand' anche non fosse che nella loro gioventù. Ma poichè queste cure non sono abituali, nè si ripetono periodicamente in certi tempi, come per le messi, si ascrivono i boschi alla classe de' frutti puramente naturali. Del resto, questa divisione di frutti naturali ed industriali non si è qui collocata che a complemento; giacchè in dritto non ne risulta alcuna differenza.

(10) Questo prezzo anticamente non era registrato nel numero dei frutti civili, poichè, dicevasi, rappresentava i frutti del fondo. Da questo cangiamento risulta una differenza nel dritto dell' usufruttuario al principio ed alla fine dell' usufrutto, come lo vedremo di qui a poco (Osservate la seguente nota 18 pag. 199).

(a) Si può dir lo stesso degli alveari e de' frutti della caccia e della pesca. Aucupiorum quoque et venationum redditum, Cassius ait ad fructuarium pertinere; ergo et piscationum l. 9. §. 5 ff. de Usuf. Veg. gasi pure la legge 6a sotto lo stesso titolo.

Se essa è mobile, bisogna distinguere se è fungibile o non fungibile.*

L'usufruttuario dei mobili non fungibili non può servirsene che per l'uso cui sono destinati; ma non è altresì tenuto di renderli alla fine dell'usufrutto che nello stato in cui allora si trovano, senza essere responsabile di altre perdite (11) o deteriorazioni che di quelle le quali fossero sopravvenute per suo dolo o sua colpa (12). 589 514

Se l'usufrutto è di una rendita vitalizia, l'usufruttuario ha il dritto di riscuotere le annualità scadute durante il suo godimento, senza esser tenuto a veruna restituzione (13). 588 513

(11) *Quid* se siano degli oggetti che a poco a poco si degradano coll'uso, come della mobiglia, e che l'usufruttuario non n'esibisca neppure gli avanzi, assumendo che si siano interamente consumati nell'usarne? Io son d'avviso che in questo caso egli sia tenuto a rimborsarne il prezzo secondo il valore degli oggetti al principio dell'usufrutto. (Argomento tratto dall'art. 950 § 874 il quale sottopone a quest'obbligo il donante che si è riservato l'usufrutto, e che certamente è il più favorito di qualunque usufruttuario). Si dee presumere, come l'abbiamo già detto nella nota 139 p. 53 di questo volume, ch'egli abbia venduto gli oggetti fin dal cominciamento del suo usufrutto, e che ne abbia in conseguenza ricevuto il valore che essi allora avevano. Si appartiene a lui, se vuole impedire l'effetto di tal presunzione, l'esibire almeno gli avanzi che hanno dovuto rimanergli, e di adempire con ciò all'obbligo che gli viene imposto dall'art. 603 § 528 di restituire cioè i mobili alla fine dell'usufrutto.

Ben inteso però che se l'usufruttuario pretende che gli oggetti sottoposti all'usufrutto siano interamente periti per caso fortuito, debb'essere ammesso a provarlo. E, stabilita questa pruova, se il proprietario sosterrà che il caso fortuito fu preceduto da una colpa che vi abbia dato luogo, dovrà anche provarlo. (Argomento tratto dall'art. 1808 § 1654).

(12) Se dunque, per esempio, l'usufrutto sia stabilito su di un animale che venga a morire senza colpa dell'usufruttuario, il suo dritto cessa: ma egli non è tenuto a restituirne un altro, nè a pagarne il valore.

(13) Queste parole si sono aggiunte, perchè vi erano degli autori i quali credevano, una rendita vitalizia, non avendo capitale, altro non essere che il credito delle annualità che dovean decorrere nel tempo della sua durata; che tali annualità facevano tutto il principale, tutto il fondo della rendita vitalizia, la quale si estingueva a seconda delle porzioni che il creditore ne riceveva. Essi ne concludevano che l'usufruttuario non avendo il dritto di consumare il fondo della cosa di cui ha l'usufrutto, poteva ben percepire le annualità della rendita vitalizia; ma ch'egli era tenuto di restituirle al termine dell'usufrutto, e che il suo dritto si limitava solo alla proprietà delle rendite che

Se l'usufrutto comprende cose fungibili, poichè allora non può usarne senza consumarle, l'usufrutto dà su le medesime quel dritto istesso che darebbe la piena proprietà. Son esse dunque interamente a rischio dell'usufruttuario il quale ne diviene proprietario, e può liberamente disporne, coll'obbligo di restituirli in eguale quantità e qualità, o di pagarne la stima (14) al termine dell'usufrutto.

queste annualità di mano in mano impiegate potevano procurargli. Questa opinione già rigettata dal dritto antico, non si è neppure adottata dal Codice. Si è considerata la rendita vitalizia come un essere morale, distinto dalle annualità ch'essa produce e che ne sono i frutti. Si sono dunque irrevocabilmente abbandonate queste annualità all'usufruttuario, il quale è soltanto tenuto nel terminar l'usufrutto, a restituire l'essere morale che li produce, se tuttora sussiste, cioè il dritto di percepire le dette annualità che scaderanno posteriormente alla cessazione dell'usufrutto, se la persona sulla quale riposa la rendita sia ancora vivente. Ed in fatti la rendita vitalizia può in qualche modo essere messa nel numero delle cose non fungibili, poichè a dir vero essa perisce a poco a poco coll'uso. Ritrovassi, del resto quasi una somigliante decisione nella legge 7, §. 2. ff. *de jure dotium*, nella quale si tratta di un usufrutto costituito in dote: si domanda se i frutti percepiti durante il matrimonio debbano essere restituiti nell'atto del suo scioglimento, e l'giureconsulto decide non esservi che il dritto dell'usufrutto che sia dotale, e che debba in conseguenza restituirsi: *jus ipsum in dote esse, non etiam fructus qui percipiuntur*.

(14) Ma su qual tenore? Si terrà presente il valore della cosa nel cominciare o nel finir dell'usufrutto? L'art. dice di *restituirne la stima, al finir dell'usufrutto*; ma siccome queste parole *al finir dell'usufrutto* sono separate dalle precedenti con una virgola, esse debbono riferirsi, secondo le leggi grammaticali, alla frase principale, vale a dire all'obbligo di restituire; ed altro non significano che la cosa o la stima debba essere restituita al finir dell'usufrutto; ciò ch'è fuor di dubbio, ma non toglie la difficoltà. Coloro che pretendono doversi il valore considerare al finir dell'usufrutto, si appoggiano sulla scelta che la legge concede all'usufruttuario di restituire la cosa in natura, o in danaro. Sembrami dunque conforme all'equità, che ove egli non la restituisca in natura, debba restituire un valore uguale a quello dell'oggetto in natura, o, in altri termini, il valore che l'oggetto ha nel momento della restituzione, vale a dire alla fine dell'usufrutto.

I partegiani del contrario parere rispondono, che non è lo stesso delle cose fungibili come delle non fungibili; riguardo alle prime, il dritto del godimento si confonde con quello della proprietà; e l'usufruttuario diventa in questo caso proprietario dal principio della cosa sottoposta al suo usufrutto, coll'obbligo però di restituirla in simile quantità e qualità, o di pagarne il valore; il quale, ove pre-

Finalmente ove si tratti di beni immobili, l'usufrut-

ferisca pagarlo, debba esser quello di cui ha avuto l'usufrutto, ed in conseguenza quello che avevano gli oggetti quando l'usufrutto ebbe principio. Essi citano in appoggio della loro opinione la legge 7. ff. *de usufr. ear. rer.*; il §. 2. *Istit. de usufr.*; l'opinione di DOMAT, tit. *dell'usufrutto*, sez. III. n. 7; l'art. 868 § 787 del Codice il quale sottopone l'erede donatario de' mobili a conferire il valore che gli oggetti donati avevano al momento della donazione; e finalmente l'art. 1532 § T. il quale nel caso di non comunione sottomette il marito a restituire le cose fungibili che fanno parte degli effetti mobili recati da sua moglie, sul grado della stima che ha dovuto farsene nel contratto di matrimonio (a).

Per quanto sian validi i motivi di quest'ultima opinione, io penso che deesi secondo la legge e l'equità stare alla precedente. In primo luogo essa può appoggiarsi sull'art. 922 § 839 del Codice, il quale decide che per determinare se una donazione ecceda o no la quota disponibile, bisogna considerare il valore degli oggetti al momento della morte del donante; sull'art. 1895 § 1767 il quale dice, che un debitore di una somma di danaro dee restituire la somma numerica improntata, in ispecie correnti al momento del pagamento, senza badare all'aumento o alla diminuzione delle specie che avrebbe potuto aver luogo nell'intervallo; finalmente, e ciò mi sembra decisivo, sull'art. 1903 § 1775 il quale porta che colui che ha preso ad prestito le cose fungibili, trovandosi nell'impossibilità di restituirle in natura, è tenuto a pagarne il valore, avuto riguardo al tempo ed al luogo in cui la cosa doveva essere restituita in virtù della convenzione. Or in tutti questi casi, il debitore era diventato proprietario dal principio; e d'altronde come fu già detto nella nota 8 pag. 194 di questo volume l'usufrutto delle cose fungibili è realmente un vero prestito.

Finalmente l'opinione contraria sarebbe molto pregiudizievole agli interessi del proprietario. Di fatti la legge concedendo all'usufruttuario la scelta di restituire la cosa in natura o in un valore equivalente, il proprietario non può avere un grande interesse a ricevere piuttosto l'una che l'altra, se trattasi del valore al finir dell'usufrutto; ma se all'opposto si decidesse che si tratti del valore dell'oggetto al principio dell'usufrutto, egli è chiaro che l'usufruttuario il quale ha la scelta, non mancherà di restituire questo valore, se gli oggetti siano aumentati di prezzo, o di restituire gli stessi oggetti in natura, se ne sia il prezzo diminuito; di modo che tutti gli eventi saranno contro il proprietario. Quest'ultima ragione rende assolutamente inapplicabili alla quistione proposta le autorità citate in favore dell'opinione contraria. Di fatti in queste differenti disposizioni il debitore non ha la scelta; egli dee restituire in tutt' i casi l'ammontare della stima che fu fatta in principio: la sua sorte è da quel punto stabilita, sia che l'oggetto au-

(a) *Senza altro esame il Toullier l. c. num. 405 opina dover l'usufruttuario che non può esibire gli oggetti ricevuti, pagarne il prezzo secondo il loro valore al tempo in cui cominciò l'usufrutto, giacchè mancando di presentarli giustamente si suppone di averne disposto a suo vantaggio. Ma ciò non risolve la quistione.*

tuario raccoglie a suo profitto tutti i frutti della cosa (15), anche quelli che al cominciar dell'usufrutto (16) son pendenti dalle radici; e reciprocamente quelli che sono nel medesimo stato al momento in cui finisce l'usufrutto appartengono al proprietario, senza compenso nè da una parte nè dall'altra dei lavori e delle sementi, e salvo il dritto del colono parziario, se ve ne fosse uno nel tempo in cui incominciò o venne a cessare l'usufrutto (17).

Quanto ai frutti civili, siccome si suppongono acquistati giorno per giorno, appartengono all'usufruttuario in proporzione della durata del suo usufrutto; e ciò quando anche si trattasse del prezzo del fitto di fondi locati (18).

menti, sia che diminuisca di valore; di maniera che la vicenda sarà uguale per lui come pel creditore (a).

(15) *Quid* riguardo alla caccia ed alla pesca? L'usufruttuario avendo il dritto di godere come il proprietario, i prodotti dell'una e dell'altra appartengono a lui coll'obbligo però di usarne da buon padre di famiglia. Quindi egli dee lasciare alla cacciagione il tempo ed i mezzi di riprodursi; e per la pesca dee ripopolare gli stagni. L. 9. §. 5. e L. 62, ff. *de usufructu*.

(16) Purchè però l'usufrutto non venga ad estinguersi prima che gl'indicati frutti siano percepiti; altrimenti, siccome si troverebbero pendenti dalle radici al momento che cessa l'usufrutto, appartenerebbero al proprietario.

(17) Vale a dire che se, per esempio, vi ha sul fondo, al cominciar dell'usufrutto, un fittajuolo a metà, quantunque l'usufruttuario abbia secondo la regola generale il dritto di percepire tutt' i frutti, pure non potrà esigere la metà riservata al detto affittajuolo. Si è voluto dispensare l'usufruttuario dal rimborsare le spese de' lavori e sementi quando siano state fatte dal proprietario, ma non già quando siano state fatte da un terzo, il quale ha dovuto calcolare sull'esecuzione del suo contratto di affitto.

È lo stesso per parte del proprietario riguardo al colono parziario il quale potrebbe trovarsi sul fondo al termine dell'usufrutto.

(18) Qui è il luogo di spiegare come il Codice situando nella classe de' frutti civili il prezzo del fitto de' beni rurali, che anticamente si riguardava come frutto naturale o d'industria, abbia cangiato il dritto dell'usufruttuario.

Siavi un podere affittato dodici mila franchi pagabili a Natale di ciascun anno, e di cui la raccolta comincia al 1. luglio e termina al 31 agosto; si supponga adesso che questo podere sia sottoposto ad un usufrutto, e che l'usufruttuario venga a morire il 30 giugno. Anticamente si credeva, uniforme alla legge 58 ff. *de usufructu*, che il prezzo del fitto fosse rappresentativo della raccolta; che in conseguenza spettava in intero all'usufruttuario dal momento che terminava la raccolta, quan-

(a) Intanto il *N. A.* nella seg. nota 47 p. 215 dice diversamente.

Ma il dritto dell'usufruttuario si limita alla percezione dei frutti che la cosa produce nel suo stato ordinario: non può in conseguenza cangiar la forma nè la natura dell'oggetto. In una parola egli ha il dritto di godere come godeva il proprietario, ma non come il proprietario

d'anche non fosse ancora scaduta l'epoca del pagamento, essendosi accordato il termine unicamente in favore del fittuario, onde dargli il tempo di vendersi i frutti e procurarsi il danaro. Per la stessa ragione si opinava, che non poteva riceversi dall'usufruttuario alcuna porzione del prezzo, finchè non fosse cominciata la raccolta, quand'anche fosse stato tenuto il colono a pagare in rate, e che una o due ne fossero scadute. In seguito di tali principj si osserva che nell'ipotesti la successione dell'usufruttuario non avrebbe avuta alcuna cosa da reclamare sul prezzo del fitto dell'ultima annata, poichè noi supponiamo ch'egli sia morto il 30 giugno, e che la raccolta non doveva cominciare che l'indomani. Nell'attual dritto, la di lui successione potrebbe reclamare sei mila franchi.

Se noi supponiamo intanto ch'egli sia morto al 1. settembre, è chiaro che nell'antico dritto la di lui successione avrebbe potuto reclamare dodici mila franchi, intero prezzo dell'annata, poichè supponiamo che la raccolta intera fosse terminata alla vigilia della di lui morte. Nel presente dritto non potrebbe reclamare che ottomila franchi.

Desi convenire che l'antico dritto era più conforme al rigore de' principj. Egli è di fatti singolare che il dritto dell'usufruttuario si cangi secondo che abbia dato a fitto o che abbia coltivato egli stesso il fondo soggetto all'usufrutto: poichè si vede che nell'ipotesti qui sopra indicata, se il fondo fosse coltivato dallo stesso usufruttuario, colui che fosse morto il 30 giugno, non avrebbe percepito alcun frutto, e colui che fosse morto il 1. settembre li avrebbe tutti raccolti. Ma da un altro lato, il dritto antico somministrava ancora molta materia a difficoltà, specialmente quando l'usufruttuario veniva a morire durante il raccolto. Bisognava far la stima di ciò che la parte era all'intero del raccolto, onde accordare alla successione dell'usufruttuario una porzione corrispondente nel prezzo del fitto; faceva d'uopo adunque degli esperti, di una stima, ec. Si è voluto evitare tutto questo, e si è adottato un mezzo termine il quale fa in qualche modo compenso, poichè l'usufruttuario può guadagnare in un caso come può perdere nell'altro.

Quid se il fondo sia coltivato da un colono parziario? Come in tal caso il prezzo del fitto consiste in una porzione de' frutti raccolti, io penso che debba essere riguardato come frutto naturale, e che i dritti delle parti debbano andar regolati in conseguenza. Se dunque la raccolta non è cominciata, la successione dell'usufruttuario non ha che reclamare. Se quella è terminata, è dovuta a questa tutta la porzione del prezzo stabilito pel fitto annuale. S'essa è incominciata e non terminata, è dovuta una parte proporzionata a ciò che se n'è distaccato. Se dunque il fitto per esempio è a metà, gli eredi dell'usufruttuario prenderanno la metà di ciò che se n'è distaccato, ec. In questa guisa poco imbarazzo vi è, nessun estimo, ec.

Tit. III. Dell' usufrutto, dell' uso, e dell' abitazione. 201
poteva godere; mentre questi potea cambiare il modo del godimento (19), il che non può l'usufruttuario.

Se dunque l'usufrutto, per esempio, comprende boschi, bisogna distinguere; se questi son tali che possano mettersi a taglio regolare, come i boschi cedui, l'usufruttuario ha il dritto di tagliarli a suo vantaggio, conformandosi circa l'ordine e la quantità de' tagliamenti alla
590
575 distribuzione ed alla pratica costante dei proprietarj (20).

Si dica lo stesso de' boschi di alto fusto (21) anteriormente (22) distribuiti in regolari tagliamenti dal pro-

(19) Di un prato, di un bosco, il proprietario può farne una terra coltivabile, e viceversa; l'usufruttuario nol può.

(20) Ma conformandosi anche a quest'uso, egli profitta di tutt' i tagli l'epoca de' quali giunge durante il corso del suo usufrutto; di maniera che ove si supponga un bosco ceduo che si tagli in tutt' i dodici anni, e che al momento dell' incominciar dell' usufrutto scorsi ne siano undici, basterà che l'usufrutto duri un anno affinchè l'usufruttuario abbia il dritto di fare il taglio, e di appropriarselo, viceversa, se il bosco ceduo non aveva che un anno quando egli entrò nel godimento, l'usufruttuario non avrebbe nulla da pretendere, se non che nel caso in cui il suo usufrutto si prolungasse fino all' epoca alla quale il bosco fosse giunto al suo dodicesimo anno.

* *Quid* se abbia fatto il taglio pria dell' epoca determinata dal sistema ordinario? Il dritto dell' usufruttuario *est in suspenso*, ed è subordinato alla durata futura dell' usufrutto. Se si prolungasse fino a che i boschi avessero l' età prescritta, il proprietario non avrebbe che reclamare, altrimenti gli è dovuta un' indennità la quale debb' esser uguale alla differenza che ritrovasi fra l' età del bosco al momento che cessa l' usufrutto, e quella che avrebbe avuta se il taglio non fosse stato indebitamente fatto. Per esempio, il taglio dovea esser fatto a dodici anni; l' usufruttuario lo ha eseguito ad otto; tre anni dopo è morto: il proprietario non ritrova sul suo terreno che un bosco di tre anni, mentre che se l' usufruttuario non avesse fatto un taglio prematuro, ne avrebbe ritrovato uno di undici anni. L' indennità debb' essere stabilita su questa base.

Nota. A' termini dell' ordinanza del 1669, tit. XXVI, il bosco ceduo non può esser tagliato prima dell' età di dieci anni. A quarant' anni è riputato essere *fusto*; ed a sessant' anni, *di alto fusto*.

(21) Il bosco ceduo è considerato come frutto, e non quello di alto fusto, poichè il ceduo si taglia periodicamente, ed in epoche anche fra loro vicine, mentre che l' altro ordinariamente non si taglia che quando gli alberi seccansi in cima. D' altronde il primo non ha altra destinazione che quella di esser tagliato; mentre il secondo è ordinariamente destinato al divertimento. Ma siccome l' usufruttuario ha il dritto di godere come il proprietario, se costui ha anteriormente regolata l' epoca del taglio de' boschi di alto fusto, l' usufruttuario ha il dritto di continuare il taglio secondo lo stesso sistema.

(22) Osservate la differenza che passa riguardo ai dritti dell' usu-

prietario, o questi seguano periodicamente sopra una certa estensione di terreno, o si facciano di una determinata quantità di alberi presi indistintamente su tutta la superficie del fondo. Ma in verun caso è dovuto alcun compenso all'usufruttuario o ai suoi eredi pei tagli, sia dei boschi cedui sia di quelli riservati perchè crescano (23)

591
516

fruttuario, secondo le diverse specie di boschi. Se sono di lor natura cedui, basta questa qualità per dare all'usufruttuario il dritto di godere, quand'anche non fossero stati ancor destinati ad un taglio regolare; come, se fossero troppo recentemente piantati. Ma se i boschi sono di alto fusto, siccome naturalmente non son riguardati come frutti, è d'uopo che siano stati anteriormente destinati ad un taglio regolare, affinchè l'usufruttuario abbia il dritto di reclamarne il godimento.

(23) (*Balivaux*) Chiamansi così a' termini de' regolamenti quegli alberi i quali debbono essere riservati in ciascun taglio de' boschi siano cedui, siano di alto fusto. Il di loro numero è di sedici a jugero, antica misura; essi debbono essere della specie più bella e della miglior qualità. Gli alberi di speranza ne' boschi cedui non possono esser tagliati prima di quarant'anni, ed in quelli di alto fusto non prima dell'età di cento venti. (Avviso del Consiglio di stato del 19 luglio 1723). Questa provvidenza ha per oggetto di conservare i legni di costruzione, e principalmente quelli per la marina.

Il nostro articolo suppone, che l'usufruttuario può aver dritto ai tagli de' piantoni: e di fatti appare in seguito dell'uso riferito da *DE-NISART V. balivaux* n. 5. che i piantoni de' boschi cedui appartengono all'usufruttuario, fino a che non abbiano l'età richiesta per esser riputati di alto fusto; vale a dire di quaranta a sessant'anni.

In virtù dell'art. 39 del Senatoconsulto già citato dell'8 glaciare anno 12, relativo alle senatorie, il titolare d'una senatoria non può disporre de' piantoni: anche ne' boschi cedui, qualunque ne sia l'età.

Quid, se l'usufruttuario abbia venduto il taglio in piede, come ordinariamente si usa, e che l'usufrutto venga a cessare prima che sia fatto il taglio, quale sarà il dritto del compratore?

Io penso che bisogna distinguere: Se la vendita sia stata fatta all'epoca stabilita, e secondo le forme determinate dall'uso o dai regolamenti emanati per questa sorte di vendite, essa debb'esser tenuta come valida; ma debb'esserne versato il prezzo nelle mani del proprietario; nel caso opposto, è in libertà di questi di domandarne la nullità.

POTHIER nel suo trattato *della sopravvivenza vedovile* n. 200, emette in vero un'opinione contraria pel primo caso, relativamente alla proprietà del prezzo; ma siccome questa opinione è fondata su di una disposizione particolare dell'art. 75 della Costumanza di Orleans, disposizione che non venne rinnovata dal Codice, io non ho dovuto avervi riguardo.

Quid se il taglio è cominciato ma non terminato alla morte dell'usufruttuario? Se fu eseguito secondo l'uso, i di lui eredi hanno dritto ad una porzione del prezzo, proporzionata a quello che si è tagliato, e l rimanente appartiene al proprietario. Ma costui non ha il

590
515

sia di quelli di alto fusto, che egli avrebbe potuto eseguire e non ha eseguiti durante l'usufrutto (24).

Se gli alberi di alto fusto non sono distribuiti in tagliamenti regolari, allora in conseguenza del principio sopra stabilito, l'usufruttuario non può tagliarli in questo modo (25); ma solamente impiegare alle riparazioni alle quali è tenuto quelli che fossero sveltati o atterrati per accidente (26). Ei può anche farne abbattere per quest'og-

getto di reclamare in natura gli alberi che fanno parte della vendita, ed i quali non fossero ancora tagliati alla morte dell'usufruttuario. Poichè dovendo il proprietario esser tenuto ad eseguire l'affitto di nove anni fatto dall'usufruttuario, tanto più val lo stesso per una simil vendita, la quale può in realtà assimilarsi ad un affitto di un anno. Così venne deciso in cassazione il 21 luglio 1818 (*Bullett.* n. 55).

Osservate che noi non ammettiamo nel nostro dritto la sottile distinzione del dritto romano, il quale non aggiudicava i frutti all'usufruttuario, se non perchè erano stati percepiti da lui o in suo nome. In ogni altro caso, come, se fossero caduti da loro stessi, o se fossero stati rubati, appartenevano al proprietario. (L. 12 §. 5, ff. *de usufr.* e L. 13. ff. *quibus modis usufr. amitt.*). Presso di noi basta che i frutti siano stati separati dal fondo, perchè appartengano all'usufruttuario, in qualunque modo la separazione abbia avuto luogo.

(24) Se però egli sia stato impedito di fare questi tagli da una forza maggiore che gli fosse estranea, come da un'inondazione, o da una disposizione amministrativa momentanea, io non credo ch'egli debba esserne privato.

(25) E se lo ha fatto, debbe indennizzare il proprietario. Ma fu deciso in Parigi il 12 dicembre 1811 (*SIREY*, 1813, 2. par. p. 318) che questa indennità non poteva essersi che al finir dell'usufrutto, atteso che l'usufruttuario dovendo godere fino a quel punto degli alberi di alto fusto, dovea godere dell'indennità che li rappresenta. Io credo doversi distinguere il prezzo del taglio dall'indennità che può esser dovuta al proprietario: il bosco di alto fusto non avendo potuto nel caso nostro esser considerato come frutto, il prezzo non può sotto alcun rapporto appartenere all'usufruttuario. Il proprietario dunque può reclamarlo da questo stesso momento. Riguardo all'indennità, io credo ch'essa non sia in fatti esigibile che al cessar dell'usufrutto, poichè in questo sol momento potrà determinarsi se sia dovuta, e la somma di quella che può esser dovuta. Se per esempio dopo la vendita fosse scoppiato un incendio, che avrebbe bruciato gli alberi se essi si fossero ritrovati in piedi, avverrà col fatto che il taglio indebitamente eseguito dall'usufruttuario, in vantaggio si volgerà piuttosto che in pregiudizio del proprietario. Ma bensì dall'altro lato sarebbe possibile che questo taglio secondo le circostanze fosse riguardato come un abuso del godimento da parte dell'usufruttuario, e desse in conseguenza luogo all'applicazione dell'art. 618 § 543.

(26) Dunque fuori caso di riparazione, gli alberi di alto fusto sveltati o spezzati appartengono al proprietario.

getto; ma è tenuto di farne constare la necessità al proprietario. 592
517

Se vi sono alberi fruttiferi, egli ha il dritto di raccoglierne i frutti senza toccarne il tronco; ma quelli che muojono o sono sveltati o spezzati per accidente, gli appartengono (27) col peso di surrogarne degli altri. Ei può del pari estrarre da un semenzajo i piantoni purchè non lo deteriori, e si conformi all' uso de' luoghi per la rimessa de' virgulti. Finalmente ei può prendere nei boschi p~~ali~~ per le vigne, non che i prodotti annuali o periodici (28) di cui quelli son suscettibili, ma sempre os- 594
519
590
515
593
518

Nota. Gli alberi sveltati per accidente o spezzati in termini forestali si chiamano *chablis*, e si chiamano alberi di *delitto* quelli che siano stati clandestinamente tagliati o abbattuti. L' articolo non parla che dei primi; sarebbe lo stesso forse de' secondi? Con più ragione; altrimenti ne risulterebbe o che l'usufruttuario trascurerebbe di sorvegliare gli alberi, o potrebbe anche fargli tagliare clandestinamente per appropriarseli.

Quid riguardo agli alberi morti? Essi debbono parimenti appartenere al proprietario, quand'anche ciò non fosse che per impedire la frode. L' art. 592 § 517 dice che *in tutti gli altri casi* l'usufruttuario non può valersi degli alberi di alto fusto. La legge 18 ff. *de usufr.* sembra decidere il contrario; ma io non credo ch'essa debba esser seguita nel nostro dritto; ne risulterebbero troppi inconvenienti.

Il proprietario ha egli il dritto, durante il corso dell'usufrutto, di far tagliare e vendere gli alberi di alto fusto? Bisogna distinguere: Se questi alberi venissero a seccarsi nelle cime, in modo da far temere che perissero, l'usufruttuario non ha il dritto nè di opporsi al taglio, nè di reclamare un'indennità; poichè la cessazione del suo godimento debb'essere allora attribuita ad una forza maggiore: ma diversamente il proprietario non può disporre. Sarebbe lo stesso che nuocere ai dritti dell'usufruttuario, cui questi alberi potrebbero essere utili, sia per l'ombra e per la passeggiata, sia per prodotti che può ritrarne, come pali, ghiande, faggiuola ec.

(27) Perchè questa differenza con gli alberi di alto fusto? Perchè un albero fruttifero si rimpiazza, mentre che un albero di alto fusto non si può rimpiazzare; o almeno vi bisogna un tempo sì considerabile ch'eccede l'ordinaria durata di un usufrutto. Oltre a ciò vi è un'altra ragione; l'usufruttuario non può giammai aver interesse ad abbattere un albero fruttifero; non si dee dunque supporre che il preteso accidente provenga per opera sua. Lo stesso non è di un albero di alto fusto.

(28) Come sono i minuti gambi di betulla, le punte de' salici, i rami de' pioppi e degli olmi, le ghiande, la faggiuola, ec. (a).

(a) Per tutto quello che riguarda i boschi veggasi ciò che diremo nell' *osserv.* A questo Titolo. Stimando però aggiungervi le

Tit. III. Dell' usufrutto, dell' uso, edell' abitazione. 205.
servando l' uso del paese o la pratica de' proprietarj.

Se vi sono miniere o cave di pietre già aperte , ne gode al pari del proprietario , salva l' esecuzione dei regolamenti relativi alle miniere (29). Ma non ha egli verun dritto su quelle che non erano aperte, nè su quelle di torba (carbon fossile) non incominciata a scavarli al-
598
523 lorchè ebbe luogo l' usufrutto (30).

(29) Osservate qui sopra la nota 16 pag. 174 di questo anno.

(30) Ma il proprietario potrebb' egli aprirne delle altre durante il corso dell' usufrutto senza il consenso dell' usufruttuario? Bisogna distinguere se si tratta di mine , miniere , o cave di pietre.

In primo luogo si considerano come mine , quelle che contengono in filoni , a strati , o in masse , oro , argento , platina , mercurio , piombo , rame , giallamina , bismuto , cobalto , arsenico , manganese , antimonio , molibdena , piombagine , o altre materie metalliche , zolfo , carbone di terra o di pietra , legno fossile , bitume , alume , solfati a base metallica , egualmente che il ferro a strati o in filoni. (Legge del 21 aprile 1810 , Bullet. n. 5401 , art. 2).

Le miniere comprendono il ferro detto *di alluvione* o in miniera ,

seguenti dilucidazioni desunte dalla nostra legge sull' amministrazione delle acque e foreste e del pubblico demanio de' 18 ottobre 1819 rimasta ferma per i boschi dello Stato giusta la nuova legge forestale del 21 agosto 1826 , in corrispondenza di quanto in queste note si espone sulla stessa materia secondo le leggi francesi.

Nel Regno il taglio regolare si fa recidendo tutti gli alberi rasantemente terra , riserbandone solo quindici a moggio , che son marchiati per seme , o di speranza , e mettendo in difesa la parte recisa col vietarvi l' accesso degli animali finchè non sarà permesso dall' amministrazione (art. 12 della L. cit.). È vietato di tagliar alberi a scelta o per salto , eccetto i casi straordinarj , e la direzione generale può permetterli solo quando i giovani boschi destinati a crescere ad alto fusto avessero bisogno di essere diradati , o quando si trattasse di alberi isolati negli estremi o nelle vie de' boschi , di alberi di speranza o da seme giunti a maturità , e di alberi morti in piedi o affetti da carie (art. 14).

Si ordinò pure che i boschi i quali contengono alberi delle seguenti specie , cioè querce , farnie , eschii , elci , cerri , zappini , abeti , pini , olmi , e faggi siti fra la distanza minore di venti miglia de' fiumi o canali galleggianti , o di quarantacinque dal mare non possono tagliarsi se non previa la visita della real marina , (art. 16) per mezzo dell' ingegnere costruttore il quale può far anche marchiare come di speranza gli alberi che nel momento fossero di dimensione troppo deboli , e non più de' dieci a moggio che faran parte de' quindici a moggio riservati ne' tagli regolari (art. 52. e 53). Vengono però esclusi da queste disposizioni gli alberi esistenti ne' boschetti di delizia , nelle terre coltivate , ne' viati ed all' intorno delle abitazioni dentro il raggio di 200 canne (art. 180).

I dritti dell'usufruttuario limitandosi, come l'abbiam detto, a raccogliere i prodotti ordinarij e naturali della

le terre piritose proprie ad esser convertite in solfato di ferro, le terre contenenti alume, ed il carbon fossile. (*ibid.* art. 3.)

Le cave di pietra racchiudono ardesie, pietre bigie, pietre di fabbrica ed altre, marmi, graniti, pietre di calce, pietre di gesso, pozzolane, strassi, basalti, lave, marmi, crete, sabbie, pietre focaje, kaolino, terre de' purgatoi, argille, sostanze terrose, e selci di ogni natura, le terre piritose per concime; il tutto scavato a cielo scoperto o con anditi sotterranei (*ibid.* art. 4.).

Ciò posto, ecco la distinzione che crediamo dovere stabilire riguardo al dritto del proprietario relativamente alle mine, miniere e petriere non ancora aperte nel cominciar dell'usufrutto.

Le mine non potendo essere generalmente aperte che in virtù di un permesso del Governo, il quale, come l'abbiamo già fatto osservare, può essere accordato ad ogni altro che al proprietario e senza di lui consenso, è chiaro che l'usufruttuario non può a maggior ragione opporsi al permesso che si fosse dato riguardo alla mina sia al proprietario, sia ad ogni altro (art. 16 della detta legge). Ma non avrebbe egli parimenti dritto all'usufrutto dell'indennità, la quale a termini degli articoli 6 e 42 della stessa legge, debb'essere pagata dal concessionario al proprietario della superficie? Questo a me sembra affatto giusto. Egli è certo che lo scavo della mina dee recar pregiudizio al suo usufrutto. Forse si opporrà, che in virtù dell'art. 598 § 523 l'usufruttuario non abbia alcun dritto alle mine non ancora aperte, e da questa parola *alcuno* si conchiuderà che egli nulla abbia da reclamare sull'indennità accordata al proprietario. Ma prima di tutto qui non è affatto quistione dell'indennità. L'art. dice che l'usufruttuario non ha alcun dritto alle mine stesse, ciò ch'è ben diverso. Per comprendere questa distinzione, fa d'uopo rivolgersi all'epoca in cui l'articolo fu redatto. Allora la legislazione relativa alle mine andava regolata dalla legge del 13 piovoso, anno 9 (*Bullet* n. 513); la quale accordava in tutt'i casi la preferenza, per la concessione della mina, al proprietario della superficie, quante volte acconsentiva a farne l'intrapresa colle stesse clausole e condizioni offerte dagli altri concorrenti. Or dopo tutto ciò, quando si disse nell'articolo 598, che l'usufruttuario non avrebbe *alcun dritto* alle mine, ec. si volle dir semplicemente, che quando vi fosse un usufruttuario, questi non potesse reclamare la preferenza che la legge accordava al solo proprietario. In questo senso compreso il detto articolo, senso che parmi molto ragionevole, non si opporrebbe al certo all'opinione nostra, la quale, come avanzammo, è fondata su di una rigorosa giustizia. Poichè essendo l'indennità accordata al proprietario in ragion del pregiudizio che lo scavo della mina reca alla sua proprietà, e che tal pregiudizio, durante tutto il corso dell'usufrutto, recade interamente sull'usufruttuario, non è forse giusto che almeno durante il tempo stesso egli abbia il godimento dell'indennità?

Vi ha di più: l'art. 44 della legge del 1810 dice che quando l'occupazione de' terreni per la ricerca o pe' lavori delle mine, priverà del godimento della rendita i proprietarij del suolo al di là di un anno,

Tit. III. Dell'usufrutto, dell'uso, e dell'abitazione. 207
cosa, ne consegue che nulla egli abbia da pretendere sul tesoro scoperto nel fondo, poichè questo tesoro non può

oppure quando dopo i lavori i terreni non saranno più atti alla cultura, i proprietarj delle mine potranno esser forzati di acquistare i terreni ad uso dello scavo, ed anche se un pezzo di terra si ritrovasse molto danneggiato o degradato in una gran parte della sua superficie, il proprietario di questa potrà esigere che sia comprata interamente dal concessionario della mina. Or se su questo pezzo o terreno avvi un usufrutto e che l'usufruttuario non abbia il dritto di godere del prezzo dell'acquisto, ne seguirà che l'usufrutto si ritroverà estinto per fatto del proprietario; ciò ch'è contro ogni principio, poichè nel caso stesso in cui l'usufrutto cessa per opera dell'usufruttuario, come, per abuso fatto durante il suo godimento, il proprietario rientrando nel possesso della cosa, può esser condannato a pagare all'usufruttuario una somma annuale o determinata, fino all'epoca in cui l'usufrutto avrebbe dovuto cessare.

Finalmente l'art. 609 † 534 stabilisce che se durante il corso dell'usufrutto siasi messa qualche imposizione sulla proprietà, il proprietario è tenuto a farne l'anticipazione, e l'usufruttuario dee tenergli conto degli interessi. Dunque *a pari*, se qualche pregiudizio siasi recato alla proprietà, pel quale il proprietario riceve un'indennità, l'usufruttuario debbe avere il dritto di percepir gl'interessi, oppure, ciò ch'è lo stesso, di godere della medesima indennità.

Quid se la mina siasi concessa al proprietario della superficie? Si farà come si è detto nell'art. 19 della detta legge pel caso in cui esistono de' creditorj ipotecarj sulla superficie, vale a dire che si valuterà l'indennità, come se fossesi fatta la concessione ad un estranco; e l'usufruttuario ne avrà il godimento.

Le disposizioni stesse debbono essere applicate alle miniere che producon il ferro di alluvione, allorchè sono suscettibili di esser concesse; il che non può aver luogo che ne' due casi seguenti:

1. Allorchè è impossibile il lavoro a cielo scoperto, e che divenga necessario lo stabilimento de' pozzi, degli anditi sotterranei, ec.
2. Allorchè, quantunque ancora possibile, il lavoro a cielo scoperto non dee durare che pochi anni, e dee rendere in seguito impossibile il lavoro con pozzi ed anditi. (*ibid.* 69).

Se la miniera non sia nel caso di esser concessa, siccome allora il proprietario è tenuto a farla cavare, tralasciando di farlo, i padroni delle fabbriche di ferro che gli son prossimi possono cavarla in suo luogo (*ibid.* art. 59, e 60), io credo che l'usufruttuario abbia dritto di farla cavare da se, come lo farebbe il proprietario, coll'obbligo però di restituire al cessar dell'usufrutto il terreno atto alla cultura, o d'indennizzare il proprietario. (Argom. tratto dell'art. 63). S'egli poi non la cavasse, e che l'estrazione del minerale sia fatta dai padroni delle fabbriche vicine, io credo che abbia dritto a godere dell'indennità da pagarsi da costoro a termini degli art. 65 e 66.

Non altrimenti debb'essere per le terre che contengono piriti o alume. (*ibid.* art. 71, 72).

I motivi d'utile pubblico i quali hanno fatto derogare alle leggi

esser riguardato come un prodotto, nè come una parte del fondo istesso (31). Bensì ci profitta, quanto al godimento solo, dell'incremento che l'alluvione (32) può produrre al fondo.

596
521

Quanto ai miglioramenti provegnenti dall'opera sua (33), ci non può pretendere alla fine dell'usufrutto veruna indennizzazione, ancorchè il valore della cosa ne fosse aumentato (34); può egli soltanto togliere gli spec-

sulla proprietà trattandosi di mine e miniere, non esistendo riguardo alle cave di pietre e carbon fossile, il lavoro delle quali non può in conseguenza aver giammai luogo senza il consenso del proprietario (*ibid.* art. 83), io non credo che potesse farsene l'apertura durante l'usufrutto senza il consenso dell'usufruttuario, ed a norma delle convenzioni passate fra loro.

Osservate che tutte le quistioni che possono elevarsi sulla proprietà o sulla limitazione delle mine concesse o altre, come sulle pretese indennità, sono della competenza de' tribunali. (La stessa legge del 21 aprile 1810 art. 28 e 56, e decreto del 21 febbrajo 1814.) *Bullet.* n. 10194).

(31) Se questo fosse un prodotto, egli ne avrebbe la proprietà. Se poi fosse una parte, ne avrebbe almeno l'usufrutto come nel caso dell'alluvione.

S'egli stesso vi abbia ritrovato un tesoro, gli spetta la metà, ma come inventore (L. 7, §. 12 ff. *soluta matrim.*).

(32) L'alluvione è un incremento che si fa impercettibilmente in un fondo posto lungo le rive de' fiumi. La disposizione che ne aggiudica il godimento all'usufruttuario è fondata sulla legge 9 §. 4. ff. *de usufructu*. Sarebbe lo stesso di un' isola formata in una riviera non navigabile nè atta a trasporto, e che a' termini dell'art. 561 + 486 appartiene egualmente al proprietario confinante? La medesima legge decide negativamente. Qual è la ragione della differenza? Non può esservene altra che quella somministrata dallo stesso giureconsulto nella citata legge. Prima di tutto egli sembra stabilir per principio, che a rigor di legge l'usufruttuario non dovrebbe avere sull'alluvione maggior dritto che sull'isola; ma siccome è difficile, per non dire anzi qualche volta impossibile il determinare l'epoca dell'alluvione, non che dell'incremento derivatone, non si è creduto a proposito dover separare l'alluvione dal terreno al quale si accresce: *ubi latitet incrementum*, disse PAOLO, *augetur usufructus*. Non potendosi questo motivo applicare all'isola, ch'è un terreno assolutamente separato, riprende il principio tutta la sua forza, e l'isola viene aggiudicata in intero al proprietario: *Ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit*.

(33) Per esempio una terra incolta che ha messo a coltura, un bosco che ha piantato.

(34) Questo sembra a prima vista contrario all'equità, ed al principio che *nemo debet cum alterius damno locupletari*. Pertanto è fondato sulla ragione. Non si è voluto che per le spese, le quali il proprietario forse non poté fare, l'usufruttuario abbia facoltà di soprac-

Tit. III. Dell' usufrutto, dell' uso, e dell' abitazione. 209
cui, i quadri ed altri ornamenti che vi avesse fatto col-
locare (35), restituendo però ogni cosa nel suo primiero
599 stato; e lo stesso dritto appartiene ai di lui eredi.
524

caricarlo di rimborsi i quali potrebbero rovinarlo, oppure obbligarlo a vendere la cosa stessa per soddisfarlo. In seguito di questa ragione fondata parimenti sull' equità, io penso che se l' usufruttuario abbia fatto da una parte de' miglioramenti e dall' altra delle degradazioni, dovrebbe aver luogo un compenso fino alla concorrenza non già di ciò che gli costarono i miglioramenti, ma dell' aumento del valore che questi hanno procurato al fondo: *quatenus res pretiosior facta est* (a). Il motivo qui sopra indicato non esiste più, poichè il proprietario per mezzo del compenso può pagare i miglioramenti senza dispendiarsi.

(35) Anche quando essi fossero incastrati, o che formassero corpo col rimanente del tavolato. Affinchè essi fossero considerati in questo caso far parte del fondo, bisognerebbe che vi fossero stati collocati dal proprietario. (Art. 524 † 447 al fine).

Poichè l' articolo non dà all' usufruttuario che il dritto di staccare gli ornamenti che ha fatto egli collocare, nè gli concede alcuna indennità pel miglioramento che ha potuto recare alla cosa di cui ha l' usufrutto, dee dunque conchiudersene che se per esempio egli avesse fatto costruire una casa sul fondo sottoposto all' usufrutto; non potrebbe nè demolirla nè trasportar via i materiali, ove il proprietario non volesse accordarsi con lui? Io stimo che lo potrebbe, non ostante la decisione troppo rigorosa della legge i5 ff. *de usufructu*, che non sarebbe certamente ammessa nel nostro dritto. Fa d' uopo adunque conciliare questo art. 599 † 524 col 555 † 480, il quale statuisce che qualora da un terzo, e con materiali proprii, siano state costruite delle opere sul fondo di un altro, il proprietario ha la scelta o di obbligarlo a togliere i detti materiali col peso di rimettere le cose nel primiero stato, e d' indennizzare il proprietario dell' indugito, o di ritenerli per se, pagando le spese della mano d' opera ed il prezzo de' materiali. Or l' articolo parla generalmente del terzo che costruisce sul fondo alieno senza distinzione; il che si applica all' usufruttuario come all' affittajuolo; d' altronde egli è certo che questa disposizione sarebbe applicabile eziandio al possessore di mala fede, siccome risulta dalla disposizione finale dello stesso articolo, che contiene un' eccezione in favore del possessore di buona fede. Or certamente il caso del possessore di mala fede è meno favorevole di quello dell' usufruttuario. Riguardo poi a quel che dice l' articolo 599, cioè che l' usufruttuario non può pretendere alcuna indennità per le migliorazioni fatte nel fondo di cui ha l' usufrutto, io stimo che ciò debba intendersi de' miglioramenti intrinseci, e che non si possono distaccare, come, se avesse posto a coltura un fondo incolto; ma che non dee ciò applicarsi agli estrinseci; e che possono essere distaccati: questo sarebbe contrario all' equità, nè si potrebbe assegnare il motivo stesso che fu additato nella precedente

(a) Questi voti furono adempiuti dal nostro legislatore. Nell' art. 524 delle Leggi civili egli scrisse, che potranno i miglioramenti darsi pensarsi colle deteriorazioni fatte.

L'usufruttuario avendo per tuttociò che riguarda il godimento ordinario della cosa gli stessi dritti del proprietario, può godere al pari di lui dei diritti di servitù e degli altri appartenenti al fondo di cui ha l'usufrutto (36).

597
522

Finalmente se non vuole goderne da se stesso, può cedere altrui il suo diritto (37) a titolo gratuito ovvero oneroso, e può maggiormente dare in affitto la cosa sot-

nota per giustificare l'eccezione, giacchè il proprietario è sempre il padrone di esigere la soppressione delle opere, nè conseguentemente può esser mai obbligato a pagarne il valore. Del rimanente questa spiegazione può perfettamente conciliarsi col testo dell'art. 599. In fatti questo articolo non dice che l'usufruttuario non può reclamare cosa alcuna per ragione di tali miglioramenti, ma che non può reclamare alcuna indennità. Ora la parola indennità suppone una somma da pagarsi dal proprietario in compenso delle spese fatte dall'usufruttuario: e non può, qualunque significato gli si dia, applicarsi al prendersi i materiali impiegati dall'usufruttuario nella costruzione dell'edificio.

(36) Ma potrebbe egli intentar la querela ed altre azioni possessorie? M'è avviso che sì, ov'egli venga disturbato nel suo godimento, e negli stessi casi ne quali potrebbero essere intentate dal proprietario: ma egli non potrebbe formarle che nel suo interesse e solamente per sostenere il suo dritto; di maniera che la sentenza pronunciata in favore o contro di lui, sarebbe riguardo al proprietario *res inter alios acta*. (POMIER, *Costumanza di Orleans*, tit. XXII. Sez. 3 §. 2.) Perciò l'art. 614 † 539 l'obbliga a denunciare le usurpazioni al proprietario.

Se avendo lasciato scorrere il termine prescritto per l'azione possessoria, o per qualunque altra ragione, egli sia obbligato di agire in petitorio, di qual natura è l'azione che dovrebbe intentare? È mobiliare o immobiliare? Osservate qui sopra la nota 161 pag. 62.

Nota. I titolari delle senatorie avevano, in virtù dell'articolo 64 del senato-consulto già citato, il dritto di proseguire le azioni possessorie sotto il proprio nome ed a proprie spese, coll'obbligo solamente di renderne informato il Cancelliere, il quale interveniva, se lo credea convenevole. Ma questa era una disposizione particolare, che non va applicata agli altri usufruttuarij, non altrimenti che quella dell'articolo 62, la quale gli autorizzava a proseguire, a spese del senato ed in nome e sotto la direzione del Cancelliere, anche le cause relative alla proprietà. I titolari erano considerati per questi differenti oggetti come i delegati, i procuratori del Senato. L'usufruttuario comune non ha la stessa qualità riguardo al proprietario.

(37) Questa espressione è alquanto inesatta; poichè non è suo dritto quello che cede l'usufruttuario. Altrimenti il cessionario diverrebbe usufruttuario, ciò che non può essere. Egli non cede che il dritto di percepire i frutti in suo luogo. Riguardo al dritto di usufrutto, questo continua a rimanere nella sua persona, e non termina che colla sua morte, e non con quella del cessionario.

595 toposta all' usufrutto ; ma gli affitti da lui fatti vanno sog-
520 getti alle stesse regole stabilite per quelli de' beni dei
minori (38).

(38) Queste regole sono relative agli affitti fatti per un tempo maggiore di nove anni o con anticipazione. (Osserv. la pag. 58 di quest' vol.) Bisogna confessare pertanto che qui non vi è la stessa ragione per mantenere gli affitti , anche quelli di nove anni. Il tutore è riguardato come il procurator legale del minore ; ma non è lo stesso dell' usufruttuario riguardo al proprietario. Intanto il desiderio di vantaggiar l' agricoltura fu quello che principalmente dettò questa disposizione. Il fittuario il quale non è sicuro della durata del suo godimento , trascura di fare i miglioramenti necessari , nè si determina ad alcuna speculazione ; d' altronde si è creduto esser meglio anche pel proprietario l' andare incontro al rischio di una perdita , la quale non può esser considerabile , e forse anche non esistere ove l' usufruttuario abbia probità , anzi che ritrovare il suo terreno in uno stato mediocre al finir dell' usufrutto.

Il fittuario , o il pigionante con contratto di anticipazione che il proprietario ricusa di eseguire , ha egli forse un' azione per danni ed interessi contra la successione dell' usufruttuario ? Io non lo credo , ove quest' ultimo abbia dato in fitto in qualità di usufruttuario. L' affittuale non può dire di essere stato ingannato. La morte dell' usufruttuario è la sola cagione della non esecuzione del contratto ; e questa morte è un caso fortuito , il quale non può dar luogo a' danni ed interessi. (Argomento tratto dell' art. 1723 § 1563).

Se l' erede dell' usufruttuario si trovi esser egli stesso il proprietario della cosa sottoposta all' usufrutto , può dispensarsi di eseguire i fitti anticipatamente stipolati dal suo autore ? Affermativamente si decise in Brusselles il 29 luglio 1812 (SIREY , 1814 , 2. par. p. 63). La ragion di dubitarne si deduce dal perchè l' erede rappresenta il defunto ; e l' defunto non avrebbe potuto dispensarsi dall' eseguire il contratto. Ma la ragion di decidere si è , che l' erede non rappresenta il defunto in quei dritti a' quali non succede nè può succedere , come un dritto di usufrutto ; e che in seguito di questo principio qualche autore anticamente aveva immaginato , che l' erede dell' usufruttuario poteva prescrivere la cosa sottoposta all' usufrutto. Non si può dunque dire che l' erede rappresenti il defunto riguardo agli atti che quest' ultimo ha fatti come usufruttuario ; in tal qualità egli non è tenuto delle sue operazioni. D' altronde , come si disse nel precedente articolo , il fittajuolo , il quale dee conoscere la legge , non può lagnarsi di essere stato indotto in errore ; e per quest' ultima ragione ancora io credo che se il locatore abbia taciuta la sua qualità di usufruttuario , ed abbia affittato come proprietario , il di lui erede n' è tenuto. Poichè in quest' ultimo caso il defunto era garante del suo dolo. Quest' obbligo di garentia fa parte de' pesi della successione , dunque il suo erede vi è tenuto. Se dunque egli reclama il fondo come proprietario , se gli opporrà con successo la regola : *Eum quem de evictione tenet actio , eundem agentem repellit exceptio*. Questa decisione è consacrata dalla legge 9 §. 1 ff. *Locati conducti*.

L' usufruttuario sarebb' egli tenuto di mantenere gli affitti del pro-

Dal suo lato il proprietario sino a che dura l'usu- 599
 frutto nulla può fare che nuoccia ai dritti dell' usufrut- 524
 tuario (39). In conseguenza quantunque ei possa disporre
 della cosa in favore di un terzo, non può trasmettere
 un dritto maggiore di quello che abbia egli stesso; e l' u- 621
 sufrutto continua, a meno che l'usufruttuario non vi ab- 546
 bia formalmente (40) rinunciato.

prietario? Certamente, qualunque siane la durata, giacchè quello
 stesso che acquistò la proprietà vi è obbligato a' termini dell' art. 1743 †
 1589. Ma vi sarebbe luogo alla distinzione stabilita nello stesso arti-
 colo fra il contratto che abbia e quello che non abbia una data certa?

In primo luogo se l'usufrutto sia stato acquistato a titolo oneroso,
 l'articolo 1743 è applicabile in tutto il suo contenuto, e l'usufrut-
 tuario non è tenuto a mantenere il contratto, che qualora questo ab-
 bia una data certa anteriore alla vendita.

Se l'usufrutto sia stato costituito a titolo gratuito, bisogna distin-
 guere; se con testamento, siccome il contratto di affitto fatto dal testa-
 tore ha acquistato una data certa per la sua morte, l'usufruttuario dovrà
 mantenerlo; ma se per donazione fra vivi, e che il contratto sia sotto
 scrittura privata, io penso che *stricto jure* il pigionante o il fittuario
 potrebbe esser espulso; ma che intanto si potrebbe *benigniter* decidere
 il contrario, salvo il caso della frode. (Da osservarsi le note sul Ti-
 tolo della locazione).

(39) In conseguenza egli senza il consenso di quest'ultimo non
 può fare nuove costruzioni (L. 7 §. 1, ff. de usufr.), o distruggere
 le antiche, sul fondo sottoposto all'usufrutto; egli, come dicemmo,
 non può abbattere gli alberi di alto fusto, che qualora si fossero sec-
 cati nelle cime; egli non può imporre nuove servitù, purchè queste
 non siano di natura di non nuocere ai dritti dell'usufruttuario, come
 quella *altius non tollendi*, o purchè non siasi stipulato ch'esse non a-
 vrebbero luogo se non è cessato l'usufrutto. Ma egli può acquistarne
 a favore del fondo soggetto all'usufrutto, anche senza il consenso del-
 l'usufruttuario, poichè può migliorare il fondo, ove non ne risulti al-
 cun disturbo, nè alcuna diminuzione nel godimento dell'usufruttuario
 (L. 15 §. 7 eod.). La stessa legge decide che il proprietario non può,
 anche col consenso dell'usufruttuario, imporre sul fondo delle nuove
 servitù. Ma questa decisione è fondata su di una pura sottigliezza che
 non sarebbe ammessa nel nostro dritto.

Osservate che quando si dice che il proprietario non può in qua-
 lunque modo nuocere ai dritti dell'usufruttuario, bisogna intendere que-
 sta proibizione solamente riguardo al fondo sottoposto all'usufrutto;
 che se nel tempo stesso egli fosse proprietario di un fondo vicino, egli
 potrebbe farvi ciò che crederebbe a proposito quand' anche l'usufrutto
 ne ricevesse qualche danno da non distruggere però in tutto il godi-
 mento. Così PAOLO nella legge 30 ff. eod. decide che il proprietario
 può elevare una casa vicina che gli appartiene in modo da diminuire
 la veduta dell'usufruttuario, purchè tuttavia la casa sottoposta all'usu-
 frutto sia ancora abitabile.

(40) In tal guisa il semplice consenso dato alla vendita fatta dal-

SEZIONE II.

Delle obbligazioni dell' usufruttuario.

L' usufruttuario primieramente dee prender le cose nello stato in cui si trovano (41), nè può conseguirne il possesso se non dopo aver fatto fare, in presenza del

l'usufruttuario non sarebbe sufficiente. Non era così presso i Romani. (L. 4, §. 12 ff. de doli mali et metus except.) In effetti la rinuncia gratuita all' usufrutto debb' essere considerata come una donazione. Or, *nemo facile donare praesumitur*. Si può credere che la presenza e' l' consenso dell' usufruttuario abbiano avuto per motivo di dispensare il compratore della necessità di notificargli il suo acquisto.

(41) Bisogna dunque conchiudere ch'egli non potrebbe obbligare il proprietario alle grandi riparazioni necessarie al cominciar dell' usufrutto? Io son d' avviso doversi distinguere: se sul fondo sottoposto ad usufrutto evvi un edificio che cade in rovina, nè il proprietario nè l' usufruttuario saranno tenuti a ristabilirlo. (Art. 607 † 532) Ma se per esempio l' usufrutto fosse costituito su di una casa buona per altro, ma di cui il tutto intiero avesse bisogno di rifazione, io non credo che il proprietario potrebbe ricusarvisi, salvo quel che sarà detto qui appresso alla nota 53 p. 217. Ed in fatti, che ne avverrebbe da questo rifiuto? Che se l' usufruttuario si ostinasse egualmente a non ripararla, la casa andrebbe alla fine a distruggersi interamente. In conseguenza il proprietario avrebbe recato, nocumento a se stesso, per non giovare all' usufruttuario. E certamente questo il caso di applicare la massima: *malitiis non est indulgendum*. Ed io credo che secondo l' indicata distinzione debba intendersi la legge 65 §. 1 ff. de usufructu, la quale dice: *Non rescire debet heres quod vetustate jam deterius factum reliquisset testator*.

Quid riguardo alle riparazioni di manutenzione da farsi alla stessa epoca? Non vi ha dubbio che non siano a carico dell' usufruttuario. L. 48 ff. de usufructu. (a).

(a) Sembra che qui converrebbe distinguere se siasi o no fatto lo stato degl' immobili coll' indicazione delle riparazioni di mantenimento che bisognavano nel fondo. Se non si è fatto, si suppone che il fondo data si fosse già riparato; ma se dallo stato suddetto si verifica che queste riparazioni mancavano, sostiene TOULLIER (n. 430) che l' usufruttuario non vi sia obbligato, poichè non è tenuto di render le cose peggiori o migliori, e che se l' art. 605 † 530. l' obbliga a tutte le riparazioni di mantenimento, quest' è perchè suppone che le cose fossero in buono stato quando cominciò l' usufrutto.

proprietario o dopo averlo formalmente citato, un inventario dei mobili ed uno stato degli immobili soggetti all'usufrutto (42),

609

525

Egli dee usufruire da buon padre di famiglia: ed è anche tenuto di presentarne cauzione (43), quante volte non ne sia dispensato dal titolo stesso che costituisce l'usufrutto (44), ovvero dalla disposizione della legge. Son compresi in quest'ultima classe: 1. Il padre e la madre che hanno l'usufrutto legale dei beni de' loro figli (45); e

(42) L'usufruttuario potrebbe dispensarsi dal formar questo stato sotto la sola pena di presumersi aver egli ricevuto i fondi in buona condizione, o di essere obbligato di restituirli nel medesimo stato, argomentando dall'articolo 126 § 132? A me non pare. Tal disposizione ha per oggetto di comprovare non solo lo stato, ma benanche la forma esteriore de' poderi che l'usufruttuario non può cangiare. Or egli potrebbe cangiare questa forma e restituire intanto i fondi in buono stato. Noi esamineremo qui appresso la quistione se l'usufruttuario sia tenuto alle riparazioni di mantenimento che son da farsi allorchè cessa l'usufrutto.

A spese di chi debbono esser fatti lo stato e l'inventario? A spese dell'usufruttuario. A lui n'è imposto l'obbligo, e le spese del pagamento sono a carico del debitore. (art. 1248 § 1201).

Il testatore potrebbe dispensare l'usufruttuario dall'obbligo di fare stendere tale stato ed inventario? Io penso che sì, ove non abbia credi legittimarii, o che i beni restanti siano sufficienti a somministrar la riserva. Egli poteva dar l'intera proprietà della cosa. Or chi può il più può ordinariamente il meno. *Quid*, se in questo caso l'erede si offre di far lo stato e l'inventario a sue spese? Io non credo che questa domanda possa rigettarsi. Si dee presumere che l'intenzione del testatore accordando la dispensa, sia stata solamente di risparmiare le spese all'usufruttuario. Così fu deciso in Bruxelles il 18 dicembre 1811. (SIREY 1812, 2. par. p. 145); e l'10 giugno 1812 (*ibid.* 1813; 2. par. pag. 46).

(43) *Quid* se l'usufrutto sia sopra cose fungibili? Siccome in questo caso l'usufrutto importa proprietà, la cauzione debb'essere del valore totale degli oggetti; altrimenti si applicherà l'articolo 602 § 527.

(44) Chi acquista un usufrutto a titolo oneroso è egli tenuto a prestar malleveria, qualora il titolo non ne faccia menzione? Io non lo credo. Il venditore che si riserva l'usufrutto non essendo tenuto alla cauzione, malgrado il silenzio del titolo, vi ha tanta maggior ragione a decidere nello stesso modo pel compratore, poichè in generale nella vendita le clausole oscure o ambigue s'interpretano contro del venditore (Art. 1602 § 1448).

(45) Ma vi sarebbe luogo a malleveria, ove il padre e la madre avessero su i beni de' loro figli un usufrutto diverso dall'usufrutto legale; se per esempio i figli sono credi o legatarij universali in una successione, e che il defunto abbia legato al padre l'usufrutto di un oggetto dipendente da questa stessa successione? A me sembra poco conveniente il dare ai figli il

601 2. il venditore ed il donatore i quali si sono riservati
526 l'usufrutto dell'oggetto venduto o donato.

S'egli non può trovar la cauzione, gl'immobili sono dati in affitto o messi sotto sequestro; i danari compresi nell'usufrutto sono impiegati; le derrate ed altre cose fungibili sono vendute, ed il prezzo ricavato è parimenti
602 impiegato; e l'usufruttuario percepisce gl'interessi de'
527 capitali, i fitti e le pigioni.

Quanto alle cose mobiliari non fungibili, può il proprietario domandare, mancando la cauzione, che le disposizioni medesime sieno loro applicate, salvo al tribunale l'ordinare secondo le circostanze, e se l'usufruttuario lo chiede, che i mobili necessarj al proprio uso gli sieno rilasciati, mediante la sola di lui cauzione giuratoria (46), e coll'obbligo di restituirli (47) in fine del-
603 l'usufrutto.
528

Regolarmente la cauzione debb'esser data prima che si entri in godimento dell'usufrutto; nondimeno se l'usufruttuario ha goduto dei frutti prima di prestarla, non è tenuto a veruna restituzione; s'egli non ne ha goduto,
604 i frutti gli sono dovuti dal momento in cui aveva dritto
529 di godere dell'usufrutto.

L'usufruttuario che percepisce a suo vantaggio tutti

dritto di domandar la cauzione; e per la medesima ragione la quale ne ha fatto dispensare il padre e la madre nel caso dell'usufrutto legale: bisogna fidare abbastanza nella benevolenza de' genitori per non temer ch'essi possano trascurare o deteriorare i beni de' loro figli; e sarebbe d'altronde contrario al rispetto che i figli debbono in ogni età ai loro genitori, il permettere ai primi il dritto di esigere una cauzione dai secondi, se non nel caso in cui questi abusassero del loro usufrutto. Siffatti motivi non essendo applicabili al caso dell'articolo 754 † T. in cui i proprietarj possono anche non essere i genitori degli usufruttuarj, io non credo che vi sia luogo a dispensarli dalla cauzione.

(46) La cauzione giuratoria è la semplice promessa del debitore, avvalorata dal suo giuramento. Il principale oggetto di questo articolo è di favorire le disposizioni che de' coniugi non agiati si fanno reciprocamente dell'usufrutto de' loro effetti mobiliari; in tali casi l'interesse del prezzo di questi non terrebbe luogo certamente dell'utile che l'usufruttuario avrebbe ritratto dai mobili in natura.

(47) O di rimborsarne il prezzo sul valore che gli oggetti avevano nel principio dell'usufrutto. (Arg. tratto dall'art. 950 † 874). Applicata ciò che si disse alla nota 139 pag. 53 di questo volume.

i frutti della cosa è tenuto durante l'usufrutto a tutti i carichi annuali del fondo che sono stimati pesi de' frutti, come le contribuzioni e simili (48). 608
533

Riguardo ai carichi che possono essere imposti sulla proprietà (49) durante l'usufrutto, essi son sopportati dal proprietario, che ha solamente il dritto di reclamare dall'usufruttuario gl' interessi (50) della somma pagata; in caso di rifiuto o di ritardo del proprietario, l'usufruttuario può (51) anticipare la somma necessaria, ed ha il dritto alla ripetizione del capitale, senza interessi, alla fine dell'usufrutto. 609
534

Per conseguenza dello stesso principio, l'usufruttuario è tenuto alle riparazioni ordinarie che son considerate come pesi dei frutti (52), ma non già a quelle

(48) Non solo le contribuzioni esistenti all'apertura dell'usufrutto, ma ancora tutte quelle dello stesso genere che potrebbero essere imposte durante la sua durata.

Osservate che una decisione ministeriale del 1. vendemiale anno X. riportata da SIREY, 1814. 1. par. p. 96, stabilì che le contribuzioni dell'anno sono dovute dalle raccolte precedenti. Ma non pertanto fu deciso dalla corte di Caen il 12 giugno 1812, che esse andassero a carico di colui il quale aveva goduto durante l'anno pel quale fossero dovute. Si ricorse contro di questa sentenza, e l'ricorso fu rigettato il 18 agosto 1813. (SIREY *ibid.*) Tutto ciò può conciliarsi dicendo che siffatte contribuzioni si debbono dalle raccolte precedenti, nel senso che queste sieno addette al pagamento: poichè le contribuzioni essendo pagabili a mese, è evidente che si possono esigere in gran parte prima che non siasi fatta la raccolta dall'anno. È stato dunque necessario assegnarvi le raccolte dell'anno precedente. Ma soddisfatto lo Stato se si eleva controversia fra due possessori successivi, egli è certo che la contribuzione dell'anno debb'essere pagata da colui ch'ebbe il possesso durante il corso dell'anno medesimo.

(49) Tal sarebbe un imprestito forzato imposto sopra i proprietari.

(50) Quest'interessi sono riguardati come un peso de' frutti.

(51) E non già dee. Egli ha interesse a farlo; poichè in mancanza di pagamento, il fondo sarebbe venduto. Ma potrebbe costringere il proprietario a pagare? Io credo che si dovrebbe qui applicare la distinzione stabilita nell'art. 612 § 537, e permettere al proprietario di vendere fino alla debita concorrenza una parte del fondo soggetto all'usufrutto.

(52) Il proprietario economico, il buon padre di famiglia, s'ingegna ordinariamente di pagare questa sorte di riparazioni sulle rendite del fondo riparato. Ma l'usufruttuario potrebbe discaricarsi di quest'obbligo rinunciando all'usufrutto? Le leggi 48 e 64 ff. *de usufructu* decidono l'affermativa. La legge 65 al contrario sembra stabilire la negativa. Ma io credo che possano conciliarsi colla seguente distinzione:

Tit. III. Dell'usufrutto, dell'uso, e dell'abitazione. 217
che son dette grandi o straordinarie riparazioni, le quali
vanno a carico del proprietario (53), a meno che non

se le riparazioni da farsi risultano unicamente dall'usufrutto, senza che siavi stato per parte dell'usufruttuario e de' suoi aventi causa alcun abuso che vi abbia dato luogo, l'usufruttuario può discaricarsene abbandonando l'usufrutto. (Arg. tratto dall'art. 656 † 577). Ecco il caso delle leggi 48 e 64. Ma se vi è stato abuso da parte dell'usufruttuario; se per esempio egli abbia impiegata la cosa ad uso diverso da quello cui era naturalmente destinata; se ha trascurato di fare in tempo proprio le spese di manutenzione, e che da ciò sia derivata una deteriorazione della cosa sottoposta all'usufrutto, egli non è ammissibile all'abbandono di esso per discaricarsi dal rimettere la cosa in buono stato. Ed è questo il caso della legge 65: *Cum usufructuarius debeat, ivi si dice, quod suo suorumque facto deterius factum sit, rescire.* (Osservate ROUSSEAU DE LA COMBE v. usufruit, sez. 2. num. 11).

Quid riguardo alle spese di manutenzione che debbono farsi al momento in cui cessa l'usufrutto? Io stimo che ne sia tenuto l'usufruttuario, o la di lui successione. (Argomento tratto dagli art. 1730 e 1731 † 1576 e 1577). Il motivo della differenza che passa tra questo e il caso precedente si è, che in quello il proprietario è compensato di ciò che gli costerebbero le riparazioni coll'abbandono anticipato dell'usufrutto; qui non vi è compenso, poichè supponiamo estinto l'usufrutto.

POTHIER, sulla sopravvivenza vedovile, num. 237, è di avviso contrario riguardo al primo caso. Egli suppone che per le semplici riparazioni risultanti dal godimento, l'usufruttuario non può farsene discaricare che coll'abbandono dell'usufrutto, non solo per l'avvenire, ma bensì per lo passato, vale a dire con restituire tutt'i frutti che ha percepiti. In questo modo intende il detto autore le leggi sopra indicate 48 e 64. Quest'opinione potrebbe esser vera, se si trattasse di riparazioni che avrebbero dovute farsi più presto. Ma d'altronde è impossibile d'intendere queste leggi nel detto senso. Esse dicono che l'usufruttuario può discaricarsi del peso delle riparazioni esistenti, abbandonando l'usufrutto. Certamente se il giureconsulto avesse compreso quest'abbandono nel senso di POTHIER avrebbe aggiunto e restituendo i frutti percepiti. D'altronde il proprietario di un muro comune è discaricato, coll'abbandono della comunione solamente per l'avvenire, dell'obbligo di far riparare, ed anche ricostruire il muro. (Art. 655 † 577 già citato). Perchè l'usufruttuario non avrebbe il medesimo dritto?

(53) L'usufruttuario potrebbe obbligare il proprietario a farle? Era questo un soggetto di questione anticamente, perchè, dicevasi, l'usufrutto è una servitù, e che *servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.* (L. 15 §. 1. ff. de servitutibus). Pertanto io penserei con POTHIER, sulla sopravvivenza, n. 246, che il proprietario può essere astretto a fare le riparazioni, che sono a suo carico; io mi fido a questo riguardo sull'art. 605†530, il quale non si contenta di dire che le straordinarie riparazioni non sono a carico dell'usufruttuario, ma spiega formalmente che siano a carico del proprietario: questi dunque è tenuto a farle; e sull'art. 599†524,

sieno state cagionate dall' insequimento delle riparazioni ordinarie dopo che l' usufrutto ebbe luogo, nel qual caso 605
l' usufruttuario vi è del pari tenuto. 530

il quale dichiara che il proprietario non può nuocere col suo fatto ai dritti dell' usufruttuario. Ma, dicesi, bisognerà dunque che un proprietario poco agiato venda o ipotechi gli altri suoi beni per fare le grandi riparazioni necessarie ad una cosa di cui non ha il godimento? Questa obbiezione, la quale è veramente fondata, mi determinerebbe ad applicare la disposizione degli art. 609 § 534 e 612 § 537, nel caso in cui l' usufruttuario esiga che le riparazioni sien fatte. In effetti non si può forse allora paragonar queste ad un peso che fosse imposto sulla proprietà, e decidere che si appartenga al proprietario di farne la spesa, salvo a ripeterne gl' interessi dall' usufruttuario, oppure se siasene avanzata la somma da questi, ch' egli possa ripeterne il capitale al finir dell' usufrutto?

Una tale misura è anche conforme a ciò che si fa naturalmente in casi simili. Il proprietario il quale non vuole prendere su gli altri suoi beni di che fare le necessarie riparazioni ad una possessione, prende a prestito una somma per farle, e ne paga gl' interessi su i frutti. Qui, il proprietario è riputato essere in questo caso; poichè, ripetiamolo pure, non si può costringerlo a diminuire il suo patrimonio, e forse anche a vendere la cosa sottoposta all' usufrutto per pagare le riparazioni. La misura dunque proposta sembra esser propria a conciliare ad un tempo ed i suoi interessi e quelli dell' usufruttuario (a).

(a) È in opposizione del sentimento del nostro autore quello che emette TOULLIER (num. 443) sulla stessa quistione. Poggiato sulla l. 63, §§. 1, ff. usufr. sul parere di DOMAT, e sull' art. 600 § 525 del Codice civile, egli sostiene che l' usufruttuario non può costringere il proprietario a rimettere le cose in buono stato o a farvi le grandi riparazioni. Nè osta l' art. 605 § 530 che sarebbe in contradizione coll' antecedente, se non si prendesse nel suo senso naturale che non è imperativo. Ha esso inteso che le straordinarie riparazioni siano a carico del proprietario, se questi vuol farle; ma se non vuole, non poteva dire di costringervelo per non mettersi in opposizione coll' art. 600. Aggiunge lo stesso professore, che ciò è fondato sulla natura dell' usufrutto dovuto dalla cosa non dalla persona, per cui il fondo vi è solo obbligato, non il proprietario, e conclude che PORTEAU stabilì come DOMAT lo stesso principio, ma ne fece un' eccezione o derogazione in favor della vedova per la di lei sopravvivenza, e che non ha luogo nel sistema del Codice; poichè lungi dall' imporre al proprietario l' obbligo di cui l' antica giurisprudenza gravava il marito, l' art. 600 dice che l' usufruttuario prende le cose nello stato in cui sono.

Esaminando TOULLIER l' altra quistione se il proprietario possa essere costretto di fare le straordinarie riparazioni per guasti avvenuti durante l' usufrutto, sostiene egualmente che ciò dipende dalla volontà del proprietario; e ch' è in questa maniera che l' art. 605 § 530 è spiegato dal seguente art. 607 § 532 che n' è la conseguenza. Ora, egli dice, è difficile immaginare che si dia luogo a grandi ripa-

Tit. III. Dell' usufrutto, dell' uso, e dell' abitazione. 219

S' intendono per *riparazioni straordinarie* quelle dei muri maestri e delle volte (54), il rinnovamento delle travi e degl' interi coperti dei tetti, come pure quello degli argini e delle mura di sostegno e di cinta egualmente per intero. Tutte le altre riparazioni sono ordinarie, ed a carico dell' usufruttuario.

Quanto alle cose cadute interamente per vetustà o distrutte per caso fortuito, nè il proprietario (55) nè l' usufruttuario son tenuti a ristabilirle.

Se l' usufrutto è stabilito su di un gregge, l' usufruttuario è tenuto a surrogare i capi degli animali che sono periti sino alla concorrente quantità dei nati.

Noi vedremo al Titolo delle *donazioni* in qual caso ed in quali proporzioni il legatario di un usufrutto dee contribuire ai debiti.

(54) Osservate che il proprietario è tenuto a tutte le riparazioni de' muri maestri e delle volte, anche di quelle di mantenimento; ma ch' ei non è tenuto se non della riatfazione intera e non della manutenzione di travi, coperti, arginazioni ec. (*Osservate per maggiore schiarimento le leggi sugli edifici di Desgodest con le note di Goupy, V. reparation e usufruttier*).

(55) Ciò punto non contradice a quanto dicemmo nella penultima nota, che il proprietario può essere costretto a fare le riparazioni le quali sono a suo carico. Se la casa soggetta all' usufrutto ha un muro maestro in cattivo stato, il proprietario sarà tenuto a ripararlo; ma se la casa intera va in ruina, egli non sarà tenuto a rifabbricarla. Ecco perchè io vi aggiunti la parola *interamente*.

Quid, se il proprietario rifabbricasse? Bisogna far distinzione. Se l' usufrutto è riposto nella cosa distrutta, esso è estinto con la sua distruzione, e non può rivivere per l' effetto della ricostruzione. Ma se la casa distrutta facesse solamente parte di quelle che sono sottoposte all' usufrutto, l' usufruttuario avrebbe il dritto di godere dell' edificio ricostruito. (Art. tratto dall' art. 624 † 549.)

„ *razioni non provegnenti da vetustà o da caso fortuito, a meno che*
„ *non derivino da colpa che dee ripararsi da chi l' ha commessa.*
„ *Sembra dunque che sotto l' impero del Codice, l' usufruttuario non*
„ *possa neanche costringere il proprietario a fare le dette riparazioni*
„ *di cui sopravvenza il bisogno durante l' usufrutto . . . In una pa-*
„ *rola egli è più giusto di fare che l' usufruttuario ne anticipi, se vuole,*
„ *le spese, per esserne rimborsato finito l' usufrutto, che permetter-*
„ *gli di costringere il proprietario a sacrificare i suoi comodi, e forse*
„ *a vendere i suoi beni per riparare una cosa da cui almeno è dub-*
„ *bio se abbia a ritrarre guadagno. „ Come non acconsentire a tal*
„ *opinione se la legge lascia al proprietario la facoltà di perdere la*
„ *sua cosa, di abbandonarla, di averla per decreta, di farla pre-*
„ *scrivere ?*

Se sopravvengono liti concernenti l'oggetto sul quale poggia l'usufrutto, l'usufruttuario non è tenuto per le spese che quando l'usufrutto è l'oggetto diretto della contestazione (56). 616
538

L'obbligo di usufruire da buon padre di famiglia rende ancora l'usufruttuario responsabile non solo degli

(56) Per esempio, se un fittuario pretende che il prezzo del suo fitto sia minore di quello che se gli è richiesto; se reclama un compenso per qualche imprevisto accidente; o se sul fondo siansi commesse delle vie di fatto le quali abbiano avuto per oggetto di privare l'usufruttuario di una parte de' frutti ecc..

Quid, se la lite interessa ad un tempo il proprietario e l'usufruttuario; come, se si pretendesse che colui il quale ha costituito l'usufrutto, non fosse proprietario della cosa, o non lo fosse che di una porzione? Ma, prima di tutto, in questo caso l'azione di rivendica debb'ella esser diretta nello stesso tempo contra il proprietario e contra l'usufruttuario? Non si dee porre in dubbio l'affermativa; poichè l'usufrutto è uno smembramento della proprietà. Il proprietario e l'usufruttuario debbono dunque esser assimilati a due comproprietarij, o a due compossessori, contro de' quali dee parimenti esser formata l'azione di rivendica. Riguardo al pagamento delle spese, bisogna distinguere se l'usufrutto sia stato costituito a titolo gratuito, o a titolo oneroso: se sia a titolo oneroso, siccome l'usufruttuario debb'essere allora garantito dal costituente, e che questa garentia comprende il pagamento delle spese (art. 1630 § 1476), non vi ha dubbio che il costituente debba tener conto all'usufruttuario di tutte le spese che ha potuto fare così sulla domanda originaria, che sulla domanda in garentia. Ma se l'usufrutto sia stato costituito a titolo gratuito, essendo allora una pura donazione, ed il donatore non essendo tenuto alla garentia, le spese fatte dall'usufruttuario sono a suo carico. Bisogna però eccettuarne il caso in cui il costituente fosse stato *in dolo*; come, se al momento in cui costitui l'usufrutto sapeva che la cosa non gli apparteneva. Egli dee allora garentire l'usufruttuario per le spese, come nel caso dell'acquisto a titolo oneroso. (L. 18, §. 3. ff. de donationibus) (a).

(a) Anche nell'usufrutto a titolo gratuito sembra giusto che il proprietario contribuisca coll'usufruttuario alle spese di una lite che abbia per oggetto tanto la proprietà che l'usufrutto, come osserva il MALEVILLE, e come opina TOULLIER (n. 434). Questi dippiù domanda in qual proporzione debba contribuirsi, e ricorre alla regola equissima stabilita dall'art. 162 § 160 che obbliga il proprietario ad anticiparne le spese e l'usufruttuario a pagargliene gl'interessi durante l'usufrutto. Che se piacesse al proprietario soffrir piuttosto l'evizione che sostenere la lite, l'usufruttuario può far le anticipazioni per conservare il suo dritto; ed in caso di successo, il capitale di quelle spese legittime di cui la legge non concede il rinfrazco sull'avversario succombente dee restituirsi dal proprietario al finir dell'usufrutto, ma senz'alcuno interesse.

abusi provegnenti da lui, ma ancora di tutti quelli che derivano dal fatto altrui ed ai quali la sua negligenza ha potuto dar luogo: se dunque egli ha lasciato prescrivere qualche servitù (57), se non ha denunciato al proprietario le usurpazioni commesse sul fondo (58), egli è responsabile di tutt' i danni che possono risulterne.

Finalmente l'usufruttuario non avendo che il dritto di godere come godeva il proprietario, non può, come il dicemmo, cambiar la forma dell' oggetto nè applicarlo ad uso diverso da quello cui è destinato, quand' anche questa nuova forma ovvero novello uso fossero più utili al proprietario (59).

(57) L' interruzione della prescrizione fatta dall' usufruttuario sarebbe di vantaggio al proprietario? Io credo che bisogna distinguere: Se si tratta d' un' interruzione di dritto, risultante da una citazione fatta a richiesta dell' usufruttuario, e che il convenuto abbia continuato a possedere, io credo che l' interruzione non gioverebbe al proprietario. Se dunque l' usufruttuario venga a morire prima della decisione della lite, la prescrizione non sarebbe riputata interrotta riguardo al proprietario. Diversamente avverrebbe se si trattasse di un' interruzione di fatto; se per esempio l' usufruttuario è rientrato di fatto nel possesso dell' oggetto che si prescriveva. La ragione della differenza risulta da ciò, che negli atti ordinarij; l' usufruttuario può essere considerato come il mandatario del proprietario, per tutto ciò che tende a conservare la proprietà. L. 1. §. 7 e L. 2. ff. *usufruct. quemadm. cav.* Or questa presunzione non può aver luogo in caso di citazione, poichè in Francia, non vi è che il re il quale litiga per procuratore. Da osservarsi un arresto di cassazione del 7 ottob. 1813. (SIREY, 1815, 1, par. pag. 143).

(58) In quale intervallo egli è tenuto a fare questa denuncia? Nell' intervallo stesso regolato in caso di citazione secondo la distanza de' luoghi dagli articoli 72 § 166 e 1035 § 1112 del Codice di procedura, vale a dire di otto giorni, più un giorno per ogni tre miriametri di distanza. (Arg. tratto dall' art. 1768 § 1614). Fa d' uopo che il proprietario sia avvertito a tempo per intentare l' azione possessoria.

(59) Ma sempre con la restrizione, che *malitiis non est indulgendum*. E tribunali debbono rigettare l' opposizione del proprietario, se chiaramente è fondata sullo spirito di cavillazione e sul solo desiderio di turbare il godimento dell' usufruttuario.

SEZIONE III.

Dell' estinzione dell' usufrutto.

Nove sono i modi nei quali l' usufrutto si estingue (60).

1. Per la risoluzione del dritto di colui che l' ha costituito (61), salvo ciò che si è detto al Titolo degli assenti, e salvi gli altri casi in cui la legge annullando il titolo dell' antico proprietario, lascia però sussistere le alienazioni da lui fatte. (art. 747, 670, 860, 779, 930, 847, 958, 883).

2. Collo spirare del tempo per cui fu costituito; os- 617
servando nondimeno che l' usufrutto accordato sino a che 542
una terza persona sia giunta ad una determinata età, dura
sino a tal epoca, quand' anche quella fosse morta pri- 620
ma (62); 545

3. Colla morte naturale o civile (63) dell' usufrut-
tuario;

(60) Osservate in primo luogo, che il primo, quinto, settimo ed ottavo modo di estinzione non possono, com' è evidente, applicarsi all' usufrutto delle cose fungibili;

2. Che l' estinzione dell' usufrutto avvenuta altrimenti che per la consolidazione, è piuttosto il liberarsi da un peso, da parte del proprietario, che l' acquisto di un dritto. In seguito di questo principio fu redatto il §. 7. dell' art. 15 della legge del 21 glaciaie anno 7 il quale stabiliva, non essere alcun dritto dovuto per la riunione dell' usufrutto alla proprietà, mentre che ne sarebbe dovuto uno, ove fossevi veramente acquisto dalla parte del proprietario.

(61) Per la massima, *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Quindi l' usufrutto costituito da un compratore col patto della ricompra si estingue se il venditore esercita il dritto di riscatto; lo stesso per un donatario, quando la donazione è rievocata per sopravvenienza di figli. Lo stesso non sarebbe se venisse rievocata per cagion d' ingratitudine, e che la costituzione di usufrutto fosse anteriore alla trascrizione della domanda di rievoca nell' uffizio delle ipoteche. Noi vedremo al Titolo *delle donazioni* il motivo di questa differenza. (Da osservarsi l' art. 132 § 138).

(62) Noi facemmo osservare nel Titolo della patria potestà che questa disposizione non era applicabile all' usufrutto legale de' genitori.

(63) Forse si potrebbe sostenere, argomentando in seguito dell' opinione che abbiamo emessa nel Titolo *della morte civile*, che il proprietario della casa soggetta all' usufrutto può esser tenuto, se vi ha luogo, a somministrare gli alimenti all' usufruttuario. Era questa l' opinione di LEGRAND sull' art. 133 della Costumanza di Troies n. 19.

Si estinguerebbe parimenti l' usufrutto colla morte civile dell' usu-

619 4. Col godimento di trent' anni, se è stato costituito
544 in profitto di un corpo, di una comunità o di qualunque
altro stabilimento;

fruttuario se fosse stato costituito a titolo oneroso? Il motivo di dubitarne si trae dal che nelle convenzioni, la voce *morte* s' intende sempre della naturale soltanto; L. 121 §. 2 ff. *de verborum obligat.* Forse la risposta a tal quistione dovrebbe dipendere dai termini del contratto. Se, per esempio, fosse stato detto che mediante tale somma Pietro abbia concesso a Paolo il dritto di godere *per tutta la di lui vita* di una data terra, si potrebbe pretendere che l' usufrutto non sarebbe estinto colla morte civile dell' usufruttuario, ma che, arrivando il caso, i suoi eredi avrebbero il dritto di goderlo, purchè giustificassero la di lui esistenza. La decisione della legge 3 ff. *quibus modis usufructus amittitur* è fondata, come abbiain detto, sul perchè le parole *vita e morte* inserite nelle convenzioni debbono esser sempre comprese nel senso di vita o di morte naturale: non si può presumere che le parti abbiano previsto che una di esse subirebbe la morte civile; laddove nella legge, la parola *morte* si prende indistintamente per la naturale e la civile. Tal principio sembra essere stato adottato dallo stesso Codice nell' art. 1982 † 1854. Ma se l' atto portasse seco una semplice concessione di usufrutto, senza la giunta di queste voci *durante tutta la di lui vita*, si potrebbe pretendere che le parti non avendone stabilito il termine, si siano rimesse interamente alla legge, per la durata e per l' estinzione di quest' usufrutto, e che in conseguenza si estinguerà colla morte civile dell' usufruttuario.

In seguito di siffatta distinzione, si dovrebbe decidere che se un usufrutto fosse stato costituito a vantaggio di alcuno, ma sulla vita di un altro, vale a dire per goderne questi sino a che quegli visse, è chiaro che non si estinguerrebbe che per la morte naturale di colui, sulla di cui vita se ne stabilì la durata. Ma se costui senza incorrere nella morte civile venisse a scomparire, spetterebbe il provare la di lui morte al proprietario, ovvero all' usufruttuario la sua esistenza? Io penso che le cose dovrebbero rimanere *in statu quo* sino alla dichiarazione di assenza che potrebbe ancora, se vi ha luogo, provocarsi dallo stesso proprietario: ma dichiarata l' assenza il proprietario potrebbe reclamare i frutti scaduti dopo la scomparsa, col peso di dar la cauzione. (V. la nota 38 pag. 235 del primo volume) (a).

Si ammetterebbe presso di noi il dritto di accrescimento che aveva luogo presso i Romani in materia di usufrutto? Osservate al Titolo delle donazioni il §. *de legatis in generale* nota 258, tom. quinto.

(a) È sorprendente che l' usufrutto si estingua colla morte civile dell' usufruttuario, nell' atto che la rendita vitalizia non si estingue che colla morte soltanto naturale (art. 1982 † 1854). È vero che il roman dritto faceva pure estinguere l' usufrutto colla massima e media diminuzione di capo e non l' abitazione, nè i legati annui, per la ragione annunciata da MODESTINO che questi più nel fatto che nel dritto consistono; il che è una vera sottigliezza, mentre l' uno e l' altro consistono in fatto ed in dritto. La facoltà

224 LIB. II. *Della distinzione de' beni, della proprietà ec.*

5. Colla consolidazione o sia riunione della pro- 617
prietà all'usufrutto nella persona dell'usufruttuario (64); 542

6. Col non usarne pel corso di anni trenta (65); ivi

7. Col totale deperimento della cosa su cui fu co-
stituito l'usufrutto; ma se una sola parte della cosa pe- ivi
risce, l'usufrutto si conserva sopra ciò che rimane: quin-
di risulta che se, per esempio, l'usufrutto non è costituito
che sopra un edificio, il quale venga a distruggersi per
uso o a rovinare per vetustà, esso si estingue anche ri- 623
guardo all'area ed ai materiali (66); ed invece l'usufrut- 548

(64) E non già del proprietario; poichè allora la consolidazione non sarebbe un modo particolare di estinguere l'usufrutto. Vi sarebbe consolidazione tutte le volte che l'usufrutto si estinguesse in qualunque modo, giacchè sempre che si estingue, vi ha riunione dell'usufrutto colla proprietà. Esiste inoltre su questo punto nella legge 17 ff. *quibus mod. usufruct. amitt.* una decisione di pura sottigliezza, che non sarebbe certamente ammessa nel nostro dritto, nella quale si stabilisce, secondo l'opinione di DUMOULIN, non esservi che una proprietà incommutabile, che possa generare una confusione irrevocabile.

(65) Non si deve perciò concludere, che in nessun caso si possa opporre all'usufruttuario, altra prescrizione che quella di trent'anni. Poichè se il proprietario abbia per esempio venduto o ceduto lo stesso usufrutto ad un terzo di buona fede, e che questi ne abbia goduto per dieci o venti anni, senza richiamo dalla parte del primo usufruttuario egli è certo che il secondo acquirente è diventato proprietario del dritto dell'usufrutto (art. 2262 † 2168), e che per conseguenza il primo usufruttuario ne resta privato. Ma allora l'usufrutto non è estinto; si è solamente trasferito ad un'altra persona: quando che nel nostro art. si tratta dell'estinzione dell'usufrutto, vale a dire della sua riunione alla proprietà; ciò che non può aver luogo, se non per mezzo del non godimento di trent'anni, eccetto un solo caso, quello cioè che il proprietario avesse venduto l'intera cosa, cioè in proprietà ed in usufrutto ad un acquirente di buona fede, che ne avesse avuto il pacifico possesso per dieci o venti anni: è certo che in tal caso l'usufrutto è riunito alla proprietà nella sua persona (lo stes. art.).

Riflettete inoltre che l'usufruttuario può godere, non solo per se stesso, ma bensì per un altro che gode in suo proprio nome, qual sarebbe un fittuario, un acquirente a titolo gratuito od oneroso. L. 38 ff. *de usufructu*.

(66) Poichè in questa ipotesi, non si è costituito l'usufrutto dell'area e de' materiali, ma quello della casa. Noi abbiamo in fatti veduto, che l'usufruttuario non ha che il dritto di godere della cosa,

di esigere il pagamento è un dritto, il pagamento un fatto: così nell'usufrutto la facoltà di raccogliere i frutti è un dritto, e l'atto di raccogliarli un fatto. Le disposizioni dunque degli art. 617 † 542 e 1982 † 1854 del Codice formano una dissonanza che dovrebbe, al dir di TOULLIER n. 446, scomparire, e stabilirsi che l'usufrutto non si estingue, come la rendita vitalizia, che per la morte naturale.

624 tuario ne conserva il godimento, se l'edifizio distrutto non
549 era che una parte della possessione sulla quale l'usufrutto trovavasi costituito. Per la stessa ragione l'usufrutto

considerata nello stato suo ordinario, e qual si trovava all'epoca dello stabilimento dell'usufrutto. Or il modo di godimento non essendo lo stesso riguardo ad un terreno votò che riguardo ad una casa, ne siegue che se la casa viene a distruggersi, non vi è più usufrutto; poichè non può più sussistere sulla casa, la quale non è più; nè riguardo al suolo, mentre l'usufrutto è di una casa e non di un suolo. Dunque egli è interamente estinto.

Il Codice ha adottato a questo riguardo la decisione delle leggi romane (L. L. 5 §. 2., ff. *quibus modis ususfr. amitt.*) contro l'avviso di POMPER, della *Sopravvivenza vedovile* num. 255. Questa decisione forse è alquanto rigorosa, specialmente ove l'usufrutto sia stato costituito a titolo oneroso. Nelle leggi romane, che hanno consacrato il medesimo principio, è sempre questione di usufrutto legato.

Quid se la cosa non perisce, ma viene a cangiar natura, come; se per l'effetto di un'inondazione una terra coltivabile o un prato diventasse un lago, o viceversa? In virtù dell'art. 703 § 624 e del principio che ha dettato la disposizione dell'art. 624 § 549, bisognerebbe decidere che l'usufrutto sia estinto; poichè l'usufruttuario non potrebbe più godere della cosa considerata nello stato in cui si trovava al cominciare dell'usufrutto. Questa era ancora la decisione delle leggi romane (L. 10 §§. 2, 3, 4, 5; *eod.*). Ma se prima del termine di trent'anni la cosa ritorna al pristino stato, io penso che l'usufrutto sia ristabilito (L. 71 ff. *de usufructu*, ed argom. tratto dall'art. 704 § 65). Sarebbe lo stesso se la casa crollata fosse riedificata prima de' trent'anni? No: l'usufrutto non risorgerebbe. La ragione della differenza si è, che in questo caso noi abbiamo una nuova casa, la quale non è più quella su cui fu stabilito l'usufrutto; mentre se la terra coltivabile diventata stagno ritorni ad esser coltivabile, è sempre l'oggetto stesso sul quale l'usufruttuario conserva il suo dritto, finchè non è estinto colla prescrizione.

Le medesime leggi romane decidono, che se, legato l'usufrutto di una casa, il testatore la faccia abbattere, e ricostruirne un'altra; il legato è caduco. L. 10 §§. 1 e 7, ff. *Quibus mod. ususfr. amitt.* La loro decisione è la stessa, quando siasi legato l'usufrutto di un sito sul quale il testatore abbia fatto edificare una casa. L. 5 §. 3 *eod.* Ciò è molto rigoroso, ma conforme ai principj che dettarono l'art. 624 § 549. Dal momento che si ammette per massima, che l'usufrutto di una casa non comprenda quello del suolo, se non quando esso è unito alla casa, talchè l'estinzione dell'usufrutto della casa porta quella dell'usufrutto del suolo, dee conchiudersene che il legato dell'usufrutto della casa A essendosi estinto colla demolizione di essa, non può essere applicato alla casa B costruita in suo luogo. Diversamente poi sarebbe, se sia la proprietà della casa A che fosse stata legata; poichè il legato di una casa racchiudendo quello del suolo, ne siegue che la demolizione della casa distrugge il legato della casa, ma non però quello del suolo,

costituito sopra un animale si estingue ove questo perisca, laddove se era costituito sopra un gregge, l'estinzione non avrebbe luogo che quando il gregge perisse interamente (67) per caso o per malattia; salvo, come il dicemmo, l'obbligo imposto all'usufruttuario di surrogare i capi degli animali periti sino alla concorrente quantità dei nati. Nei casi in cui tal usufrutto si estingue, se non v'è colpa dell'usufruttuario (68), egli non è obbligato che a render conto al proprietario delle pelli o del loro valore;

8. Per l'abuso che fa l'usufruttuario del suo diritto, tanto col cagionare deterioramento ai fondi, quanto col lasciarli deperire per mancanza di riparazioni. Ma in questo caso è d'uopo che l'estinzione dell'usufrutto sia pronunziata dal giudice, il quale può secondo la gravezza delle circostanze pronunziare questa estinzione o puramente e semplicemente, o col peso di pagare annualmente all'usufruttuario o agli aventi causa dal medesimo una

e che quest'ultimo legato porta con se quello della casa nuovamente costruita in virtù della regola *accessorium cedit principali*.

Noi non possiamo, d'altronde, dissimularci che tutte queste decisioni siano piuttosto sottili che eque. Ma bisogna adottarle, o trovarsi in contraddizione col principio sul quale è fondato l'art. 624.

(67) Sembra da questo che non si ammetterebbe punto la decisione della legge ult. ff. *Quibus mod. ususfr. amittit*. la quale dice che l'usufrutto di una greggia allora è estinto quando il numero delle bestie è talmente diminuito, che non si possa più chiamare col nome di greggia.

(68) Di qual colpa è tenuto l'usufruttuario? Il Codice non si spiega a questo riguardo. Io penso che bisognerebbe distinguere: se l'usufrutto è stato costituito a titolo oneroso, credo che l'usufruttuario debb'essere paragonato al venditore, o al creditore col pegno, e che si debbano applicare gli art. 1624 + 1470 e 2080 + 1950; ma se fosse stato costituito a titolo gratuito, egli debb'essere riguardato come un comodatario ad uso; e gli è da applicar l'art. 1882 + 1754 (a).

(a) Ma quali sono le colpe dell'usufruttuario, ossia le degradazioni e malversazioni che possono dar luogo a pronunziare l'assoluta estinzione dell'usufrutto o la sua modificazione? Questa, dice TOULLIER (num. 467), è una quistione abbandonata alla prudenza de' giudici. Si può dire in generale bisognar che la sostanza della cosa sia alterata. Tutt' i doveri dell'usufruttuario si limitano a questi due punti: goder da buon padre di famiglia, conservare la sostanza delle cose, salva *rerum substantia*. S'egli infrange questi doveri, merita d'esser privo del suo diritto.

Tit. III. Dell' usufrutto, dell' uso, e dell' abitazione. 227
 somma determinata, sino al momento in cui l'usufrutto
 avrebbe dovuto cessare. Il giudice può egualmente accor-
 dare l'usufrutto ai creditori dell'usufruttuario, se lo do-
 mandano prima che l'estinzione sia pronunziata (69), e
 618 se offrono nel tempo stesso la riparazione dei commessi
 543 deterioramenti, e le garentie per l'avvenire;
 9. Finalmente con la rinunzia dell'usufruttuario,
 622 purchè non sia in pregiudizio (70) de' suoi creditori, i
 547 quali potrebbero in questo caso farla annullare.

CAPITOLO II.

DELL' USO E DELL' ABITAZIONE. (71)

Abbiam detto che il dritto di godimento conside-
 rato anche come dritto reale, allorchè abbracciava sola-
 mente uno de' prodotti della cosa toglieva nome di *uso* e
 di *abitazione*, secondo che si riferiva ad un terreno o
 625 ad una casa. Questi diritti si acquistano e si perdono nel- 550
 la stessa maniera che l'usufrutto, ed esigono le stesse
 626 formalità e guarentigie (72). La loro estensione è d'or- 551
 628 dinario regolata dal titolo che gli stabilisce (73); se il 553
 titolo tace, vanno essi regolati nel modo seguente:

(69) In tal guisa, essi possono intervenire nell'istanza; ma ove non vi siano intervenuti, non possono opporsi all'esecuzione della sentenza.

(70) Basta qualunque pregiudizio de' creditori, per far annullare questa rinunzia? Io penso che bisogna distinguere: se la rinunzia è fatta a titolo oneroso, come, per esempio, se l'usufruttuario ne ha ricevuto il prezzo, essa non può essere annullata se non quando vi fosse frode di una delle parti. Ma se essa è stata fatta a titolo gratuito, basterà che vi sia qualunque pregiudizio de' creditori. Questa era presso a poco la dottrina delle leggi romane (Veggasi alle Pandette il titolo *de his quae in fraudem* ec.); il tutto salva sempre l'azione ipotecaria de' creditori ai quali l'usufrutto avesse potuto ipotecarsi.

(71) Osservate nelle opere di POTHIER un piccol trattato *del dritto di abitazione*, il quale trovasi nel principio del suo trattato *delle donazioni fra marito e moglie*.

(72) Pertanto l'usuario non dee la cauzione, che quando percepisce da se stesso i frutti; poichè se questi riceve dalla mano del proprietario la porzione de' frutti necessaria ai suoi bisogni, è chiaro non esservi luogo ad esigere cauzione alcuna.

(73) In tal guisa, è possibile che l'uso porti con se il dritto di percepire una quantità di frutti maggiore di quella ch'è assolutamente

554 L'uso di un fondo si limita al dritto di percepire 629
la quantità di frutti necessarii pei bisogni dell'usuario e
555 della sua famiglia (74); il dritto poi di abitazione in una 630
casa anche si limita a ciò ch'è necessario per l'abitazione
557 degli stessi individui. 633

555 La famiglia si compone non solo dei figli esistenti 630
nel tempo della concessione, ma benanche di quelli dopo
557 sopravvenuti, ancorchè l'usuario non fosse stato conju- 632
gato nell'epoca dello stabilimento del dritto (75).

Coloro che hanno un dritto di uso o di abitazione
558 sono sottoposti agli stessi obblighi cui va soggetto l'usu- 635
552 fruttuario, in proporzione del vantaggio che ricavano 627
dal fondo o dalla casa, e debbono al pari dell'usufrut-
556 tuario, usare da buoni padri di famiglia. Ma vi è questa 631
T. differenza tra essi e lui, che non possono eglino affittare, 634
cedere nè vendere il loro dritto ad un terzo (76).

necessaria pei bisogni dell'usuario. Ma questo sarà sempre un dritto di uso sinchè il godimento non abbraccerà tutt'i frutti. Sola differenza che presso a poco esiste fra il dritto di uso e di usufrutto, o piuttosto è quella dalla quale derivano tutte le altre.

(74) Che dobbiamo intendere per queste parole? In primo luogo sua moglie e i suoi figli, quindi coloro a quali per legge debbonsi da lui somministrare gli alimenti. Riguardo agli altri parenti, forse si potrebbe distinguere, e permettere all'usuario di prendere parte de' frutti pei bisogni di coloro ch'erano a suo peso quando il dritto di uso venne stabilito; altrimenti, per coloro il di cui peso siasi egli posteriormente addossato.

(75) In conseguenza colui che ha un dritto di abitazione, se mena moglie e gli sopravvivono de' figli, può esigere un'abitazione più estesa. Pertanto si credeva anticamente che il dritto di abitazione accordato ad una moglie da suo marito, si estinguesse col suo secondo matrimonio. Io suppongo che lo stesso sarebbe ancora oggigiorno. Spetta al di lei secondo marito di albergarla: e sarebbe contrario ad ogni decenza ch'essa lo introducesse in una casa, la di cui abitazione dee presumersi non esserle stata conceduta dal primo consorte che nella supposizione della sua vedovanza.

(76) Io penso peraltro che bisognerebbe eccettuarne il caso in cui l'uso assorbisse tutt'i frutti del fondo, e l'abitazione assorbisse la casa intera, poichè sarebbe allora veramente un usufrutto; ed in conseguenza siccome il godente sarebbe sottoposto a tutte le obbligazioni dell'usufruttuario (art. 635 f. 558), ne dovrebbe avere ancora tutt'i dritti.

Dal perchè i dritti di uso e di abitazione non possono essere nè ceduti nè venduti, bisogna conchiuderne, ch'essi non van soggetti a sequestro. E di fatti, questi altro non sono che degli alimenti: *Legatis alimentis, cibaria, et vestitus, et habitatio debetur.* (L. 6. ff. de Aliment. vel cibis legat.).

Tit. III. Dell'usufrutto, dell'uso, e dell'abitazione. 229
636 L'uso dei boschi e delle foreste è regolato da leggi
T. particolari (77).

(77) Osservate l'ordinanza delle acque e foreste del 13 agosto 1669 ed un parere del Consiglio di stato approvato il 16 glaciale anno 14, (*Bullet. num. 1173*) e l'arresto della Cassazione del 21 novembre 1812, riportato nel *SINER*, 1821, par. 2. p. 257, che ha giudicato che l'usuuario il quale senz'essere autorizzato, taglia il legname nella foresta di cui ha l'uso, può essere punito correzionalmente.

O S S E R V A Z I O N I

SUL TITOLO TERZO.

Stabilite le teorie sulla proprietà, passa il legislatore a parlare delle modificazioni che questa proprietà riceve riguardo al dritto del proprietario di goderne in esclusione di chiunque altro. Queste modificazioni che in realtà sono, come l'avverte il nostro Autore, veri smembramenti della proprietà perfetta, chiamansi in dritto *servitù*, metaforica espressione improntata dalla schiavitù, ed impiegata in un senso diverso, ma analogo. Esse sono stabilite dalla legge o dal fatto dell'uomo, quindi può essere indefinito il loro numero senza poterle tutte indicare: ciò non ostante si allogano naturalmente in due primarie classi, *personali* e *reali*. Chiamansi personali quelle stabilite in favore d'un individuo soltanto, senza che passi ai suoi successori, ma esse non sono perciò meno reali, mentre non dalla persona, ma dalla cosa o dal fondo si debbono in qualunque mani che passi; e la cosa, non la persona, vi è obbligata; per cui vengano più esattamente chiamate *miste* (a). Le *servitù reali* son dette quelle stabilite a favore della cosa o di un fondo che pur si debbono da un altro fondo. Anche qui esattamente parlando queste *servitù* si debbono al possessore del fondo in di cui favore sono costituite, ma gli si debbono non come individuo, ma come possessore di tal fondo, e si debbono a tutti i successori nel possesso del fondo medesimo.

Delle *servitù miste*, la legislazione francese e la nostra non ha conservate che tre sole, alle quali neppure ha voluto dare il nome di *servitù*, e sonó *l'Usufrutto*, *l'Uso* e *l'Abitazione*; di cui trattasi nel presente Titolo, lasciando il nome di *servitù* a quelle sole *reali*, di cui si occupa nel Titolo seguente.

Nell' adottarsi tra noi tutte le disposizioni del Codice civile, non si è mancato di aggiungervi qualche spiega e qualche riforma di cui solo ci occuperemo nelle presenti Osservazioni.

(a) Infatti la *servitù* di un potere verso una persona tiene il mezzo tra le *servitù* puramente personali che nella schiavitù han luogo da persona a persona, e le *servitù* puramente reali che han luogo da un fondo ad un altro. V. Nuov. Repert. voc. *Servitude* §. 4. e TOULLIER l. cit. num. 383.

§. I.

Sull' articolo 578 † 503.

La legislazione francese avea improntata dal giureconsulto Paolo la definizione che diede dell'usufrutto, poichè questi nella l. 1. ff. de *Usufr.* disse pure *Usufructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*. Ma nell'applicazione di questo principio riflettevano i Romani che per salvar la sostanza bisognava pure non alterare la forma; quindi Labeone scrisse *nec aedificium licere domino invito altius tollere, sicuti nec areae usufructu legato, potest in area aedificium poni*, l. 7 *eod.* Nerazio permettendo all'usufruttuario le migliorie anche voluttuose spiegò *non autem ampliare, nec utile detrudere posse*; e Giuliano nella legge 16 *eod.* varii altri casi propose ne' quali non la sola sostanza ma la forma pure delle cose date in usufrutto dovea serbarsi. Questa spiega adattossi dal nostro Autore, come vedemmo nel testo e nella nota 2, ed è stata dal nostro legislatore seguita, il che dimostra sempre più l'idea di ritornare per quanto è stato possibile ai principii della romana giurisprudenza. In fatti il nostro corrispondente articolo 503 non dice solo che l'usufruttuario ha l'obbligo di conservar la sostanza della cosa, ma benanche il peso di conservare tale sostanza *tanto nella materia che nella forma*.

E questa una conseguenza delle disposizioni del romano dritto, come i suoi migliori interpreti l'insegnano. *Fructuarium*, spiegò VINNIO, *ita uti et frui debere, ut rem salvam servet domino, ac proinde hac clausula fructuarium prohiberi, tum rem consumere, causamve proprietatis deteriore facere, tum in aliam formam rem transmutare*.

Veramente il conservar anche la forma della cosa all'usufrutto soggetta poteva avverarsi, oltre agl'immobili, in que' mobili soltanto che non consistano in quantità; ma ne' mobili che non si possono godere senza consumarsi non potendosi conservare la forma, non vi si potrebbe riconoscere usufrutto. Il Senato pertanto sin dai tempi di Augusto, dice GIUSTINIANO, per l'utile delle parti, *utilitatis causa*; stabilì anche di queste cose l'usufrutto, e mercè della cauzione pervenne a conciliare gl'interessi dell'usufruttuario e del proprietario, affinchè l'uno avesse profitto dell'usufrutto e l'altro ottenuta la maggior sicurezza per la restituzione delle cose che non potevansi usufruire senza consumarsi. E così conclude il detto imperatore: *Senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum*

(*nec enim poterat*) *sed per cautionem quasi usumfructum constituit.*

Ma nel numero di queste cose fungibili malamente trascrisse TRIBONIANO le vesti, in cui non il *quasi*, ma il vero usufrutto le romane leggi ammettevano, a seconda delle quali le nostre nuove leggi han fatto cessare ogni dubbio, stabilendo nell' art. 553 la regola, di doversi questi oggetti restituire nello stato in cui sono nel fine dell' usufrutto, non deteriorati per dolo o per colpa, ove il disponente non avesse diversamente stabilito (1).

§. II.

Sull' articolo 579 + 504.

Quest' articolo non specifica quale sia l' usufrutto stabilito dalla legge, ed il nostro Autore supplendovi indica quello fissato in favore de' padri e delle madri ne' due casi degli art. 384 e 754 del Codice civile. Or qui è bene avvertire che il primo venne tra noi riformato nel corrispondente art. 289 di cui noi facemmo menzione nelle Osservazioni al Titolo della *Patria potestà* §. . . . e riguardo all' art. 754 citato dal nostro autore per l' usufrutto accordato al padre o alla madre superstite nella terza parte de' beni del figlio cui non succede in proprietà, preveniamo il lettore che quest' articolo fu tra noi soppresso, come osserveremo sul Titolo *delle Successioni*.

Ma quì cadeva a proposito il terzo caso dell' usufrutto stabilito dalla legge ed acquistato per la prescrizione di dieci o venti anni con titolo e buona fede: per esempio quando il proprietario apparente di un podere ne vende l' usufrutto ad un compratore di buona fede che ne gode pubblicamente e senza turbamento per dieci anni tra' presenti, e venti anni tra gli assenti. Infatti, come riflette il TOULLIER l. c. num. 393, l' articolo 2265 + 2141 stabilisce la prescrizione di dieci o venti anni con titolo e buona fede a favor di colui che acquista un *immobile*; or l' usufrutto è un immobile (art. 526 + 449), esso è suscettibile d' ipoteche (art. 2118 + 2004), può un tal contratto trascriversi per purgarlo dalle ipoteche suddette (art. 2181 + 2075); vien dunque l' usufrutto messo a livello degl' immobili, e non vi è ragione per eccettuarlo dalla prescrizione suddetta stabilita senza distinzione a favore d' ogni acquirente d' immobile.

(1) Veggasi VINNIO nel suo commento alle *Instituzioni*, lib. II. tit. IV.

§. III.

Sull' articolo 584 + 509.

All' articolo 584 del Codice riguardante l' indicazione de' frutti civili, ha il nostro legislatore aggiunto nell' analogo art. 509 anche *i canoni enfiteutici*, e ragionevolmente; poichè ripristinato nel dritto il contratto di enfiteusi, come vedemmo nell' osserv. III al Tit. I di questo Libro, conveniva tra i frutti civili annoverare non i soli fitti de' fondi locati, ma benanche i canoni enfiteutici.

§. IV.

Sull' articolo 588 + 513.

Importante è stata la riforma fatta dalle nostre leggi all' art. 588, che dava nell' usufrutto di una rendita vitalizia il dritto all' usufruttuario di riscuotere le pensioni scadute, senza esser tenuto a veruna restituzione. Il nostro art. 513 dispone al contrario che *l' usufrutto di una rendita vitalizia non dà dritto all' usufruttuario di riscuotere le annualità arretrate prima del suo usufrutto: ma che però può esigere gli arretrati maturati e non esatti durante il suo usufrutto.*

Gl' interpreti del roman dritto eran d' accordo nel concedere all' usufruttuario d' una rendita vitalizia il dritto di riscuotere le annualità anche arretrate, sia che vestissero la natura di frutti civili, sia che stessero in luogo di frutti naturali o industriali; ma non eran egualmente concordi nel liberarlo interamente dalla restituzione delle annualità, spirato l' usufrutto. Imperciocchè alcuni portarono opinione che l' usufruttuario alla fine dell' usufrutto dovesse restituire al proprietario una parte delle rendite percepite, per la ragione che se mai avvenisse il caso che il proprietario fosse premorto all' usufruttuario, la proprietà della rendita vitalizia gli sarebbe stata inutile. Altri al contrario sostennero che l' usufruttuario non era obbligato ad alcuna restituzione verso il proprietario, perchè quando era possibile che l' usufrutto si fosse consolidato colla proprietà, ciò bastava onde poter costituire l' usufrutto.

Il nostro articolo ha decisa la quistione, ma in un modo più conveniente alla giustizia ed alla definizione data già de' frutti civili, tra' quali va collocata la rendita vitalizia. Ora i frutti civili si reputano acquistarsi giorno per giorno, ed appartengono all' usufruttuario a proporzione della durata del suo

usufrutto. Ma sulle annualità arretrate prima dell'usufrutto niuna ragione aveva egli per riscuoterle sia coll'obbligo di restituirle, come una proprietà di cui abbia goduto, sia col dritto di appropriarsele, come frutti pendenti nell'incominciamento dell'usufrutto; siccome niuna ne aveva il proprietario per appropriarsi gli arretrati maturati e non esatti durante l'usufrutto. Reso così a ciascuno il suo dritto, non vi è più luogo a controversia (a).

§. V.

Sull' articolo 600 + 525.

Si controverte nella giurisprudenza francese se possa l'usufruttuario essere dispensato dal fare l'inventario de' mobili e lo stato degl' immobili soggetti all'usufrutto. Che il testatore potesse dispensarne il legatario universale, si decise dalla Corte di Agen nel 3 nevoso an. XIV, e lo stesso disse pel donatario nel contratto di matrimonio la Corte di Bruxelles nel 20 giugno 1810 (SIREY, 6, 2, 11, e 11, 2, 44). Ma la clausola che il legatario o donatario non sia tenuto di fare inventario, non esentava l'usufruttuario dal dover formare l'inventario o stato degli oggetti sottoposti al di lui dritto; limitandosi l'effetto di questa clausola a dare all'usufruttuario il dritto di ripetere contro gli eredi del donatario le spese dell'inventario, al quale costoro sempre possono costringerlo. È in questi termini che decise la Corte di Parigi nel 20 ventoso an. XI, quella di Poitiers nel 29 aprile 1807, e quella di Bruxelles nel 18 dicembre 1811 e nel 10 giugno 1812 (SIREY, 3, 2, 276; 7, 2, 647; 12, 2, 145, e 13, 2, 46).

Questa quistione è stata preveduta e risolta dal nostro legislatore aggiungendo all'obbligo che l'usufruttuario ha di far quest' inventario e questo stato, *purchè non ne sia stato dispensato coll' atto costitutivo dell'usufrutto*.

Ma se il testatore avesse degli eredi del numero di quelli cui la legge accorda la legittima, tal dispensa sarebbe nulla,

(a) Veramente il Codice civile non ha dato mai all'usufruttuario il dritto di riscuotere le annualità arretrate prima del suo usufrutto, *ma pendant la durée de son usufruit*; e la quistione che risolvè col l'art. 588 fu solo se dovevasi o no la restituzione delle annualità suddette, e che decise negativamente *sans être tenu à aucune restitution*. Nel nostro art. 513 si è risoluto un dubbio supposto, e si è trascurato il vero dubbio che sorgea sulla pretesa restituzione come sviluppa il nostro Autore nella nota 13 e di cui non si fa parola nel suddetto nostro articolo.

come riflette lo stesso TOULLIER; poichè sarà necessario di far verificare il valore de' mobili, per vedere, se mai il dono non fosse eccessivo. Egualmente se l'usufrutto donato non consiste che in una quota eguale o inferiore alla porzione disponibile, la dispensa dall'inventario è inutile, poichè allora vi bisogna la divisione che tien luogo d'inventario.

§. VI.

Sull' articolo 606 † 531.

È anche importante la giunta fatta in questo articolo. L'articolo francese includeva nel numero delle riparazioni straordinarie il rinnovamento degli argini e delle mura di sostegno e di cinta *per intero*: questo vi aggiugne, o *per la maggior parte*. È ragionevolmente; non dovendosi questo rinnovamento, quando sia per la maggior parte, includere tra le riparazioni ordinarie ossia di manutenzione, cui è soggetto l'usufruttuario. È vero che ciò può renderlo oscitante in riparare i guasti minori, e fargli desiderare che le cose abbiano da rinnovarsi per la maggior parte, onde così esimersi dalla spesa e farla andare a carico del proprietario: ma oltre che non potrebbe godersi l'usufrutto con una così grande deteriorazione, la legge ha provveduto a ciò, ordinando nell'articolo antecedente, che le riparazioni straordinarie non sono a carico del proprietario, quando fossero cagionate per mancanza di riparazioni di manutenzione dopo che ha avuto luogo l'usufrutto, essendovi in questo caso tenuto l'usufruttuario.

Ma può l'usufruttuario costringere il proprietario a fare queste riparazioni straordinarie, sia che occorrono nel principiar l'usufrutto, sia che ne sopravvenga il bisogno pendente la durata del medesimo? Noi abbiamo sulla nota 53 del nostro Autore riportato l'opposto sentimento del Sig. TOULLIER al quale assentiamo per tutte le specie di riparazioni poste a carico del proprietario.

§. VII.

Sull' articolo 613 † 538

L'art. 613 del Codice civile dichiarando l'usufruttuario non esser tenuto che per le spese delle liti concernenti l'usufrutto, e per le condanne alle quali le stesse liti potrebbero dar luogo, fece bastantemente comprendere che le liti riguar-

danti la proprietà dovevano essere a carico del proprietario, e quelle riguardar non meno la proprietà che l'usufrutto, a carico di amendue. Ma si è creduto miglior consiglio spiegar tutto ciò nel nostro articolo 538 con queste parole: *se la lite riguarda tanto la proprietà che l'usufrutto, saran tenuti il proprietario e l'usufruttuario per contributo.*

Ma quello che ci han lasciato ignorare e l'una e l'altra legislazione è la misura di questo contributo. Pare rimesso alla prudenza de' giudici il determinarla, ponendo a calcolo l'approssimativo valore della proprietà e quello dell'usufrutto, che d'ordinario si valuta per la metà di essa, nonchè il caso in cui di maggiore importanza o più difficile fosse la quistione sulla proprietà rispetto a quella sull'usufrutto, o viceversa. Crede però il citato TOULLIER (num. 434 a questo tit.) che bisogna ricorrere alla regola equissima stabilita nell'articolo antecedente, dovendo il proprietario avanzare le spese, e l'usufruttuario pagargliene gl'interessi durante l'usufrutto. Che se il proprietario non vuol fare quest'anticipazione, e preferisce di soffrire una evizione anzi che sostenere una lite, l'usufruttuario può anticipar egli le spese affine di conservare il suo dritto; ed in caso di successo, il capitale delle legittime anticipazioni di cui la legge non accorda il rinfianco sull'avversario succumbente, sarà restituito dal proprietario al finir dell'usufrutto, ma senz'alcuno interesse.

§. VIII.

Sugli articoli 632 e 633 † 557.

I due articoli 632 e 633 del Codice civile sono stati inclusi nel nostro articolo 557. Quelli parlano del dritto di abitazione; di cui si dà la spiega e la limitazione; in questo più succintamente si dice: *Il dritto di abitazione in una casa varrà lo stesso che aver l'uso di quella. Quindi colui che avrà questo dritto potrà usarne per quanto è necessario per abitarvi colla sua famiglia, ancorchè siasi maritato dopo l'epoca in cui acquistò il dritto suddetto.*

E siccome nell'articolo precedente aveva l'una e l'altra legislazione dichiarato, che l'usuario non può cedere nè affittare il suo dritto ad un altro, così essendosi detto nelle nostre leggi che il dritto di abitazione vale lo stesso che l'uso, necessaria non era più la spiega che fa il Codice civile nell'art. seguente 634 (appunto perciò tra noi soppresso), di non potersi cioè il dritto di abitazione cedere nè locare.

Bella è la quistione trattata nella nuova raccolta delle

decisioni delle nostre Gran Corti Civili sul dritto di abitazione. Si domanda se colui ch'è in possesso di una casa per dritto di abitazione possa o pur no godere della prerogativa che il nostro articolo 2064 accorda al terzo possessore di opporsi alla vendita del fondo ipotecato di cui ha fatto l'acquisto, quando vi siano altri immobili ipotecati per lo stesso debito in potere del principale obbligato ec. L'affermativa vi è risoluta senza contrasto; ma del pari bisogna dire non competere la prerogativa accordata dall'art. 2064 ogni qual volta l'abitazione costituita posteriormente all'ipoteca, formi parte del fondo posseduto dal debitore, e che questi non altro possedga. La Gran Corte Civile di Napoli 1. Camera nella causa tra la Principessa della Rocca e l' Duca di Perdifumo con decisione del 27 agosto 1827 dichiarò che il dritto di abitazione ad essa principessa spettante non era di ostacolo ai creditori a lei anteriori di spropriare l'intero palazzo, salvo ad essa di conservar detta abitazione nel caso che detti creditori anteriori restassero totalmente soddisfatti col prezzo del detto palazzo, non compreso il dritto suddetto di abitazione. (V. in questa Raccolta al Fascicolo 5).

§. IX.

Si estingue l'usufrutto dice l'art. 617 del Cod. civ. colla morte naturale e civile del usufruttuario; ma nel corrispondente nostro articolo 542 si è omessa la morte civile espressione abolita in tutta la nostra legislazione. Intanto vedemmo altrove che quasi tutti gli effetti della morte civile si sono tra noi rimpiazzati colla condanna alla pena perpetua dell'ergastolo: bisognava dunque risolvere se l'usufrutto si estinguesse con tale condanna. Il silenzio del legislatore indica che no (a), e vediamo con ciò tolto quel che di strano sembra ai giureconsulti francesi nel vedere l'estinzione dell'usufrutto per la morte civile, mentre la rendita vitalizia non si estingue che colla sola morte naturale (art. 1982 + 1854). È desiderabile, dice TOULLIER l. cit. n. 446, che questa stranezza scomparisca dal Codice, mentre bisognerebbe o che l'usufrutto non si estinguesse, come la rendita vitalizia, che per la morte naturale e non per la morte civile, il che sembra più naturale e più giusto, come l'avverò pure il Malleville, o che la rendita vitalizia si estinguesse pure colla morte civile.

(a) Pur resterebbe qualche dubbio sul dritto di abitazione o di uso qualora il condannato a pena perpetua non avesse famiglia. Pare però che non potendo l'usuuario nè cedere nè affittare il suo dritto ad un altro, sia questo risoluto colla condanna a pena perpetua.

La sola morte naturale estingue tra noi l'usufrutto: ma avvertite che se la durata di esso è posta sulla vita di un terzo, la morte di costui risolve la condizione, ed estingue l'usufrutto.

§. X.

Sull' articolo 636 † T.

È stato anche tolto come superfluo l'articolo 636 ove si leggeva, che *l'uso de' boschi e delle foreste è regolato da leggi particolari*: non perchè mancassero presso di noi leggi forestali, essendo troppo noto quanto interessi allo Stato la conservazione d' boschi; ma perchè non vi era bisogno di questa indicazione, trattandosi di una materia che non facendo parte di quelle di cui si occupano le leggi civili, va senz' altra spiega soggetta a leggi particolari.

Intanto così nell' articolo 444, come negli articoli 515 e seguenti si parla di selve cedue, di boschi, di alberi di alto fusto, di piantoni, di tagli regolari, cc. e varie disposizioni vi si danno le quali debbono essere intese, salvo gli stabilimenti delle leggi forestali. Quindi ci conviene indicare quel che la legge sull' amministrazione delle acque e foreste de' 18 ottobre 1819 stabilì in dilucidazione di siffatta voce, e quel che l'ultima nuova legge forestale del 21 agosto 1826 vi ha emendato riguardo alla limitazione del dritto di proprietà su questi oggetti.

Selve e boschi sono sinonimi: le leggi civili si servono sempre del vocabolo *selve*, ma quella del 1819 si avvale più frequentemente della voce *boschi*. Furono in questa dichiarati boschi le sole terre salde incolte contenenti alberi selvaggi e non le terre coltivate quantunque coperte di alberi selvaggi, nè le terre salde coperte di soli alberi ingentiliti (*ib.* art. 4). Pure, ad ovviare i danni che talvolta derivano da una mal intesa coltura, si ordinò che le terre sode di qualunque natura non potessero dissodarsi senza permesso, a meno che non esistessero in ville e giardini di delizie cinti da fossi o mura (art. 5 e 6), e si misero sotto la vigilanza dell' amministrazione non solo i boschi appartenenti ai comuni, ai pubblici stabilimenti ed ai corpi morali di qualunque specie che furono assomigliati ai boschi dello stato, ma benanche i boschi de' privati (art. 95).

Ora diconsi selve cedue que' boschi di cui gli alberi si tagliano a partite e ad epoche determinate, ed *alberi di alto fusto* quelli che hanno più di cinquanta anni, e tali sono i pini, gli abeti, le querce, i faggi, i carpini ed altri. Questi ordinariamente non si abbattono in tempi determinati e perio-

diei come le cedue, ma per la regolarità del loro taglio è necessario di riportarsi alle costumanze locali e precisamente, come dicono le Leggi civili, agli usi del proprietario cui appartengono. Però la detta legge amministrativa ordinò che il taglio dei boschi e delle selve dovesse seguire dal 1. novembre a tutto il dì 15 marzo di ciascun anno, ed essendone intesa l'amministrazione; per cui se ne formarono le regole, e si stabilirono le pene per le contravvenzioni, e le forme come verificarsi per mezzo delle guardie forestali. Venne proibito ancora ai privati svelle le piante e dissodar il suolo delle loro terre senza speciale real permesso (art. 967), eccetto il rimondamento ed il taglio periodico delle selve cedue castagnali (art. 101). Non si compresero in questa proibizione gli alberi esistenti nei boschetti di delizia, nelle terre coltivate, ne' viali ed all'intorno delle abitazioni dentro il raggio di duecento canne, di qualunque specie fossero gli alberi (art. 108). E finalmente fu proibito attaccar il fuoco alle stoppie prima de' 15 agosto, ed in qualunque tempo nei terreni vicini ai boschi dentro la distanza di trecento ottanta palmi; a meno che o fosse dissodata una striscia di terreno lunga quanto il bosco, e larga palmi venticinque, o intercedesse tra il bosco e le stoppie un torrente o una strada larga almeno palmi venticinque: il che dovess'esser verificato con un verbale, e non eseguirsi che in presenza della guardia forestale.

Questa legge non corrispose alle intenzioni del legislatore, per cui venne abrogata pe' dominii al di qua del Faro, eccetto che per la caccia e per la pesca, ed una nuova legge forestale ebbe luogo nel 21 agosto 1826, estesa poi alla Sicilia col decreto del 26 marzo 1827. In essa furon messe allo stesso livello le selve i boschi le terre salde, ma furon distinte quelle appartenenti allo Stato per le quali rimase in vigore l'amministrazione forestale; quelle appartenenti ai comuni, a' pubblici stabilimenti, ai corpi morali laicali ed ecclesiastici, per le quali restituita l'amministrazione ai rappresentanti di detti corpi fu lasciata alla Direzione forestale la sola vigilanza per la conservazione e miglioramento de' boschi; e quelle de' privati proprietari per le quali non fu riserbata alla Direzione suddetta se non la facoltà di denunciare i casi di sboscamento o dissodamento.

Spiegossi che le terre per l'addietro riputate salde, ma coltivate prima del 1815, dovessero restituirsi tali, e comprendersi tra' boschi qualora per la loro inclinazione non se ne potesse tollerar la coltura, o apportassero danno ai terreni sottoposti; per le terre salde coltivate dopo tal epoca, se lo fossero state col permesso, dovessero restituirsi salde, quando fosse-

ro in pendio, dette volgarmente terre *appese*, solcate facilmente dalle acque e che apportassero danno ai terreni sottoposti; se senza permesso, qualunque fosse la loro pendenza, purché siano coperte di alberi selvaggi, dovessero considerarsi come boschi.

Or qualunque terra boscosa non può esser dissodata o disboscata senza permissione, ed è lo stesso per le terre salde non boschive, quando la loro saldezza non nasca da regolare vicenda; purché non esistano nelle ville o ne' giardini di delizia cinti da' fossi o da muro, e dandosi le norme per ottenere questo permesso, si vieta di accordarsi giammai per le terre in pendio dette volgarmente *appese*, siano o no boschive.

Passa quindi la legge suddetta ad indicare le disposizioni comuni ai boschi ed alle selve dello Stato, de' pubblici stabilimenti, e de' corpi morali laicali ed ecclesiastici così per la misura e limitazione, come pe' tagli ed affitti de' pascoli; e spiega come ed in qual modo debba la Direzione generale esercitar la sua vigilanza su di essi, e come prevenirsi gl'incendii, ed, avvenuti, ripararsi e punirsene gli autori. Poscia tratta delle pene per gli altri reati che su tal materia possono avvenire, non che per gli sboscamenti e dissodamenti vietati pure ne' boschi de' privati, e distintamente si occupa della procedura in questa materia.

Finalmente parla degli agenti forestali, vale a dire della loro nomina e destinazione, delle attribuzioni loro accordate colla presente legge, e de' guardaboschi de' privati proprietari.

Nella precedente edizione concludemmo questa Osservazione colla ministeriale del 10 marzo 1817 emessa dalla real Segreteria di grazia e giustizia nella quale giustamente si avvertiva che la conservazione de' boschi è talmente di pubblico interesse, che la persecuzione de' violatori delle leggi che la garantiscono è affidata indistintamente per tutti i boschi, anche de' particolari, agli agenti del Governo presso l'Amministrazione delle acque e foreste, ed aggiungemmo di essersi perciò ordinato nell' art. 39 delle Leggi di procedura penale, che l'azione pe' delitti forestali appartenesse al ministero pubblico senza bisogno d'istanza della parte privata. Ora però convien fare un'eccezione per questi delitti qualora si commettano ne' boschi de' privati proprietari, ordinandosi nell' art. 25 dell'ultima analizzata legge del 21 agosto 1826 che » i reati commessi ne' boschi de' privati proprietari saranno puniti colle stesse pene indicate nella precedente sezione, qualora il privato proprietario ne quereli l'autore » e nell' art. 186 si aggiunge che l'autorità giudiziaria ricevendo i verbali de' guardaboschi de' privati, » dovrà » attendere la istanza del proprietario per procedere contro i » contravventori. «

§. XI.

Risoluzioni della giurisprudenza francese e nostra.

Aggiungiamo secondo il solito sistema le seguenti altre risoluzioni della giurisprudenza a quelle citate dal nostro Autore, e mentovate nelle presenti Osservazioni.

1. Un capitale di spezieria è un mobile fungibile, di cui l'usufruttuario ha dritto di servirsi, coll'obbligo però di restituire al termine dell'usufrutto, le cose che compongono tal capitale in eguale quantità, qualità e valore. — Corte di Cass. Franc. 9 mess. an. XI — SIREY, 4, 1, 19.

2. I tagli di boschi cedui, quantunque venduti dall'usufruttuario in un'epoca in cui gli sarebbero spettati, appartengono al nudo proprietario se non sono stati tagliati dal compratore mentre viveva l'usufruttuario; e se si è principiato il taglio, gli appartengono per la porzione di legname che resta ad abbattersi. — Corte di Orleans, 18 agosto 1815 — *Ivi*, 16, 2, 382.

3. Dove non vi è che un dritto di uso relativamente al pascolo in un bosco, la legge non permette di decidere che vi è proprietà di pascolo — Corte di Cass. Fr. 8. aprile 1814 — SIREY, 15, 1, 241.

4. Il dritto di uso in un bosco è una semplice servitù che non altera punto il dritto del proprietario. — Questo dritto di uso quando è contrastato dal proprietario dee domandarsi al magistrato; ed è punibile correzionalmente quell'usuario che taglia arbitrariamente e di sua propria autorità il legname nella foresta soggetta al suo uso. — Corte di Cass. Fr. 21 novembre 1812 — Rigetto. — *Ivi*, 21, 1, 257.

5. L'uso in un bosco non può cedersi da particolare a particolare. Niuno può vendere la sua porzione di legname, sia o no sfazzonato. La stessa, 13 ottobre 1809 — *Ivi*, 10, 1, 305.

6. I creditori di colui che ha figli minori possono reclamare l'usufrutto de' beni de' figli per parte del di loro debitore. Quest'usufrutto non è un dritto esclusivamente annesso alla persona de' genitori nel senso dell'art. 1166 + 1119. — La stessa, 11 maggio 1819 — *Ivi*, 19, 1, 446.

7. Non è ammissibile la prova testimoniale, onde far dichiarare nullo l'affitto che l'usufruttuario avesse fatto per anni otto, pochi giorni prima di morire, ed un anno prima che spirasse l'affitto corrente, ancorchè l'estaglio fosse minore. — Corte di Lanciano, 27 settembre 1816. — CATALANI 2, 232.

8. L'usufruttuario che sia nel tempo stesso condomino di un fondo, può in esso costruire un molino, malgrado il dissenso dell'altro condomino, purchè allo spirare del suo usufrutto, non debbano i suoi eredi pretendere miglioramenti. — La stessa, 17 aprile 1812. — *Ivi*, 2, 230.

9. La consuetudine di Bulgaro che accordava alla moglie i soli alimenti in luogo dell'usufrutto intero de' beni, allorchè il testatore marito lasciava figli, non dev'estendersi ai contratti tra vivi nei quali siasi detto che dopo la morte della moglie si fosse la proprietà consolidata coll'usufrutto in persona de' figli. Anche in questo caso l'usufruttuaria è tenuta di dar cauzione *de bene utendo, fruendo*. — La stessa, 24 luglio 1822. *Ivi* 2, 232.

10. L'art. 611 § 536 suppone il caso che il creditore abbia convenuto l'erede al pagamento, e ne abbia ottenuto la condanna, e che l'usufruttuario nell'esecuzione della medesima per evitare la spropriazione forzata sia costretto di pagare. — Quindi non può mai presumersi che l'usufruttuario (il quale non è tenuto pel debito) possa essere direttamente citato in giudizio pel pagamento di questo debito. — Corte degli Abruzzi, 28 novembre 1817 — *Ivi*, 2, 227.

TITOLO IV.

DELLE SERVITU' PREDIALI.

Il secondo dritto reale considerato come smembramento della proprietà, è il dritto di servitù.

La servitù è un peso imposto sopra un fondo per l'uso e l'utilità di un fondo appartenente ad altro proprietario.

Si dice *un peso*: poichè in fatti non si può concepire servitù, senza che, come la parola stessa lo indica, il fatto che n'è l'oggetto non sia oneroso al fondo serviente.

Sopra un fondo: poichè le servitù non possono essere stabilite che sopra i fondi (1), non mai su le perso-

(1) Potrebbe acquistarsi una servitù su di un fondo che fa parte del demanio pubblico? Prima di tutto egli è evidente qui non poter esser quistione che dell'acquisto per mezzo della prescrizione; ed in questo caso io penso che può acquistarsene sull'e parti del demanio pubblico le quali sono suscettibili di diventare proprietà privata, ma non sulle altre. Non già che non si possano avere anche sulle altre de'dritti simili alle servitù, come quello di passare e di aver delle finestre sulle strade e sentieri mantenuti dallo Stato. Ma propriamente parlando queste non sono delle servitù, poichè tai dritti altro non sono che i risultamenti della destinazione data a siffatti oggetti dall'autorità pubblica. Ma *quid*, se cessassero di far parte del demanio nazionale; se per modo di esempio, la strada o il sentiere per motivo di allineamento o altro, cangiasse di destinazione, e venisse concesso a' particolari, costoro avrebbero il dritto d'interdirne le vedute e'l passaggio? Io non lo credo. I proprietari delle case potrebbero dire di aver edificato sulla fede della legge e dell'autorità pubblica; e che non possono rimaner privi di quei dritti senza de' quali i loro edifizii diverrebbero inutili o incomodi. Io credo dunque che sarebbe questo il caso di applicar per analogia la disposizione dell' art. 694 + 615, e decidere che le servitù attive e passive continueranno ad esistere come per lo innanzi; e pare che sia stato in tal modo deciso dalla corte di Rennes il 20 febbrajo 1811 (a).

(a) L'autore del Dritto civile ec. Dopo di aver a lungo discussa tal quistione, riassumendo i suoi argomenti sostiene, che il demanio pubblico e l'demanio municipale sono per loro natura suscettibili di servitù come le proprietà particolari; che niuna legge proibisce di gravarli di servitù compatibili cogli usi cui son destinati; che vi sono ancora delle leggi che permettono espressamente di stabilire le servitù su certe dipendenze di questi demanj, che possono essi gra-

244 LIB. II. *Della distinzione de' beni, della proprietà ec.*
ne, e senza che si possa indurre dallo stabilimento di
servitù prediali qualunque, veruna idea di preminenza 638
di un fondo sull' altro. 560

Per l'uso e l'utilità: l'interesse essendo il principio
di tutte le azioni, non si può stipular servitù se non
quando essa è suscettiva di procurare un vantaggio al-
meno eventuale (2) al fondo in favor del quale è costi-
tuita (3).

Di un fondo: mentre le servitù di cui si tratta in
questo Titolo non possono essere stabilite che in favore 686
di un fondo e non in favore di una persona (4). 607

(2) Quindi io posso stipulare pel mio fondo la servitù del pasco-
lo, benchè attualmente non abbia una greggia. Credo che in questo
senso debba intendersi la legge 19. ff. *de servitut.*; ma se decorreranno
trent' anni prima che la servitù siasi cominciata ad esercitare, essa ri-
mane estinta.

(3) Da ciò risulta che se per caso la servitù divenga inutile, il pro-
prietario del fondo dominante non può reclamarne l'uso. Così per esem-
pio, io sono diviso da un vicino proprietario per mezzo di una terra in-
colta e che non appartiene ad alcuno: io stipulo con costui la servitù
altius non tollendi. Finchè le cose rimangono nello stesso stato, io posso
impedirgli d'innalzare il suo edificio. Ma il Governo vende il terreno
intermedio, e l' compratore vi fabbrica oltre l'altezza convenuta col
vicino. Io non posso impedire a quest' ultimo di elevare il suo edificio
alla stess' altezza, perchè non ho alcun interesse a farlo. Ma se l'edi-
fizio intermedio venga ad esser distrutto prima della scadenza del tempo
necessario perchè io abbia perduta la servitù colla prescrizione, potrei
far demolire la parte elevata (L. 6. ff. *si servitus vindicetur*, ed ar-
gomento tratto dall' art. 704 † 626).

(4) Non è che non possa stabilirsi in favore di qualche persona
soltanto uno de' pesi di cui è quistione in questo Titolo. Così io posso
stipulare che avrò durante la mia vita un dritto di passaggio, un dritto
di prospetto ec. Ma allora questo dritto che sarebbe stato chiamato
presso i Romani *servitù personale*, tal non sarebbe nel senso del Co-
dice; ma piuttosto un dritto di uso che si regolerebbe secondo i prin-
cipj enunciati nel Titolo precedente.

Osservate che l' art. 686 † 607 del Codice ha avuto principalmente
per oggetto l' impedire il ritorno delle prestazioni e de' canoni feudali;

*varsi di servitù in forza d' una legge, o d' una concessione espres-
sa o tacita dell' autorità competente, la quale potendoli vendere, può
con maggior ragione caricarli di servitù, le quali nel primo come
nel secondo caso non van riputate precarie. Ma si possono acquistare
delle servitù sul demanio pubblico o municipale per mezzo della pre-
scrizione? Quest' è quel che il medesimo si riserba di esaminare
spiegando l' art. 2226 † 2132 che porta non potersi prescrivere il
dominio delle cose che non sono in commercio.*

Appartenente ad un altro proprietario: io posso in verità imporre sopra uno de' miei proprj fondi un carico in favore di un altro fondo che pur mi appartenga; ma allora ciò viene dal dritto di proprietà e non a titolo di servitù, *jure domini, non servitutis: res propria nemini servit* (5). Se però la servitù è continua ed apparen-

ed è per la stessa ragione che non si adottò dal legislatore la divisione del dritto romano di servitù reali e personali.

Quid, se sia dubbio che il dritto stipulato fosse reale o personale, vale a dire, se colui verso il quale si è contratto l'obbligo abbia stipulato per lui, o pel fondo di cui è proprietario? I giudici debbono determinarsi secondo le circostanze, l'intenzione de' contraenti, se possibile sia di penetrarla, il prezzo convenuto se il dritto sia stato costituito a titolo oneroso, ec. Se poi proseguirà ad esservi incertezza io penso che il dritto dovrebbe esser presunto piuttosto personale che reale, poichè il dubbio si dee sempre interpretare a favore del debitore. (Duxon è di contrario avviso; *Delle prescrizioni*, parte 3, cap. 6.).

Ma può dirsi contra questa opinione: o il dritto fu accordato a titolo oneroso, o a titolo gratuito. Nel primo caso, la cessione della servitù può essere considerata come una vendita, e colui che vi ha dato il consenso, come un venditore. Or nella vendita ogni patto oscuro o ambiguo s'interpreta contro del venditore (Art. 1662 § 1508). Se sia stata concessa con testamento, allora deesi applicare la massima, *plenius interpretandae sunt defunctorum voluntates*. Sembra dunque la decisione già detta non dovere aver luogo al più che nel caso di donazione fra vivi, nel quale è convenevole d'interpretar l'atto in favore del donatore. Ma si può rispondere, che il principio generale in materia di contratto si è che l'interpretazione debba sempre aver luogo contra il creditore ed in favore del debitore; e che nelle vendite ordinarie, le due parti essendo ad un tempo stesso creditrici e debentrici, egli è impossibile di applicare il principio generale. Nulladimeno, come bisognava abbracciare un partito, si decise contro del venditore, perchè si suppone ch'egli s'è stato l'arbitro di dettar le condizioni. Ma quantunque lo stabilimento di una servitù potesse esser paragonato sotto alcuni rapporti ad una vendita, vi si riconoscono sempre con facilità un creditore ch'è il proprietario del fondo dominante, ed un debitore ch'è il proprietario del fondo serviente. Vi può esser dunque luogo all'applicazione del principio generale. D'altronde egli è certo che le servitù sono contrarie al dritto comune ed alla libertà naturale de' fondi. La liberazione dunque in questo caso è un ritorno al dritto comune, e l'interpretazione dee sempre aver luogo in suo favore.

(5) Si può intanto stabilire una servitù su di una cosa di cui siasi compadrone, come su di un muro intermedio? L'art. 665 § 538 lo suppone formalmente. Si può in effetto stipulare dal vicino ch'egli non potrà alzare il muro intermedio al di là di una certa altezza, ch'egli non potrà farvi i lavori, né aprirvi le luci, che la legge gli

246 LIB. II. *Della distinzione de' beni, della proprietà ec.*
te (6) e che io alieno uno di quei due fondi, senza che

permette di fare e di aprire. Nel modo stesso il condomino di una casa che fosse ancora solo proprietario di una casa vicina, può stipulare in favore di quest'ultima, una servitù su di quella di cui ha il condominio, ecc. In questi diversi casi il fondo serviente è considerato, astrazione fatta dalla porzione della proprietà appartenente allo stipulante.

(6) Alcuni avevano pensato, che per dar luogo ad applicare la disposizione speciale dell'art. 694 § 615 bastava che la servitù fosse apparente, e che non era necessario che essa fosse continua. Eglino si fondano sulle parole, *un segno apparente di servitù*, che si trovano nel detto articolo, e che a prima vista sembrano favorire questa opinione. Non pertanto, io ho creduto lasciar la redazione come sta; ed ho pensato che egli era impossibile riguardare l'art. 694 altrimenti che fatto per sviluppare l'art. 692 § 613. Di fatti cosa dice quest'ultimo articolo? *Che la destinazione del padre di famiglia equivale ad un titolo*: e l'articolo 693 § 614 spiegando queste parole dichiara, *che allora vi è destinazione del padre di famiglia, quando sia provato che i due fondi attualmente divisi appartenevano allo stesso proprietario, e che da lui siano state poste le cose nello stato dal quale risulta la servitù*. Ma da un'altra parte, non vi può essere questione, com'è chiaro, se vi sia, o no destinazione del padre di famiglia finchè i due fondi rimangono in mano dello stesso padrone. La questione non può dunque aver luogo, nè l'art. 692 essere applicato, che allora quando, giusta l'art. 693, i due fondi prima appartenenti allo stesso proprietario, sono attualmente divisi; ciò che forma appunto il caso dell'art. 694. Dunque quest'ultimo articolo non è stato fatto che per far conoscere come debba farsi l'applicazione de' due articoli precedenti, de' quali in conseguenza esso non è che lo sviluppo. Ciò è tanto vero che i partigiani della opinione contraria sono stati obbligati di pretendere che l'art. 692 doveva applicarsi al caso della divisione che ha luogo dopo la morte del proprietario, e l'art. 694 al caso di un'alienazione da lui fatta; distinzione senz'alcuna specie di fondamento. D'altronde, siccome quasi tutte le servitù apparenti sono nel tempo stesso continue, non è maraviglia che il legislatore non abbia pensato, redigendo l'art. 694, al rarissimo caso in cui può esistere una servitù apparente, senza esser continua. Infine si veggia il grande inconveniente che potrebbe risultare dall'interpretazione contraria. Egli è certo che la servitù di passaggio la quale di sua natura è discontinua, può essere però apparente quando venga manifestata, per esempio, da una porta: ed io credo anzi esser questo quasi il solo caso in cui una servitù apparente possa essere nel tempo stesso discontinua. Può supporre intanto, e molto agevolmente, che il proprietario di due case contigue, abbia stabilito delle comunicazioni interne da una all'altra; le quali facendosi con aperture praticate ne' muri sia de' cortili, sia degli appartamenti, doveano esser riguardate come delle servitù apparenti. Se intanto si suppone che una delle due case si sia venduta, e che le parti o il compratore almeno, immaginandosi esser cosa naturale che le aperture siano chiuse al momento in cui le due case avessero cessato di appartenere af medesimo

il contratto contenga veruna disposizione relativa alla servitù, essa prosegue ad aver luogo attivamente o passivamente sul fondo, o a beneficio del fondo alienato. In questo senso è che si dice, che la destinazione del padre di famiglia tiene luogo di titolo.

Si distinguono tre sorte di servitù secondo che derivano dalla situazione naturale de' luoghi, dalla legge, o dal fatto dell'uomo (7).

CAPITOLO I.

DELLE SERVITÙ NATURALI.

La servitù naturale è quella che deriva dalla situazione naturale dei luoghi. Quindi il fondo inferiore è soggetto a ricevere (8) le acque che scolano naturalmente (9) dal fondo superiore.

padrone, non abbia verun atto stipulato a quest'oggetto, bisognerà dunque che queste aperture sussistano quand' anche la casa acquistata divenisse perciò di un uso incomodo e forse anche difficilissimo al compratore. A me sembra però impossibile che dritto simile debba risultare dal solo silenzio delle parti. Io so bene che si dirà, che per effetto dello stesso art. 692 questo risultamento avrebbe pur luogo, se si trattasse di una servitù continua ed apparente. Ciò è vero: ma egli è pur vero che le conseguenze di queste servitù non possono mai essere così incomode come quelle di un dritto di passaggio; e d'altronde l'interpretazione che abbiamo data si concilia perfettamente con lo spirito generale del Codice, il quale non dà effetto alcuno al possesso riguardo alle servitù anche apparenti, quando son discontinue.

(7) E non già solamente come dice l'art. 639 § 561 *dalle convenzioni fra' proprietari*, poichè una servitù può esser costituita per testamento, ed allora non vi è convenzione.

(8) È soggetto a ricevere le acque; ma non si può esigere che se gli dirigano, salvo i casi degli art. 642 § 564 e 644 § 566, o almeno che non vi sia a questo riguardo stipulazione espressa; ciò che costituirebbe allora a suo vantaggio la servitù chiamata dagli autori, *fluminis non avertendi*.

(9) Quindi io non posso, senza il consenso del proprietario inferiore, fare, anche sul mio fondo, un lavoro che porti sul suo le acque che non vi scorrerebbero naturalmente. Ma se lo scolo è naturale, qualunque ne sia il danno risultante per lui, egli è tenuto a soffrirlo, senza poter reclamare per ciò alcuna indennità.

Nondimmeno io penso che se tale danno fosse effettivamente considerevole, e che fosse possibile diminuirlo, dividendo per esempio lo scolo delle acque su parecchi punti, e senza che ne risultasse un pregiudizio molto sensibile al proprietario superiore; io penso che in que-

Si dice *naturalmente*: vale a dire senza che la mano dell' uomo vi abbia contribuito; indi segue: 1. che se si vuole dirigere lo stillicidio dei proprj tetti sul fondo del vicino, o farci passare il suo rigagnolo, vi bisogna 681 una concessione particolare (10); e 2. che i proprietarj 602

sto caso, i tribunali potrebbero ordinare le misure convenevoli, salva l'indennità. (Argom. tratto dall' art. 645 § 567 e dai principj del dritto naturale che abbiamo preventivamente stabilito) (a).

Parimenti se le acque si fossero talmente diramate pel fondo superiore che siasene l'uso considerabilmente diminuito, io penso che il proprietario di questo fondo potrebbe ottenere dai tribunali l'autorizzazione di ridurle in uno o più punti, nel modo il meno dannoso ai fondi inferiori, e salva l'indennità.

Ma riflettete che la disposizione dell' art. 640 § 562 non si applicherebbe ad opere costruite affin di preservare un fondo dall' inondazione di un fiume, quand' anche tali opere facessero rischiare l' inondazione sulle possessioni vicine o situate dirimpetto. Spetta a' proprietarj di queste il costruire egualmente delle opere per garentirsene. In questo senso fu giudicato, e con ragione, in Aix il 19 maggio 1813. (SIREY, 1814, 2. par. p. 9.). Da osservarsi la legge unic. ff. de ripa mun.).

Quid, se una sorgente ignota prima, venga a comparire; per dove le acque dovranno scorrere? Io penso che in caso di litigio, vi sia luogo alla nomina di periti i quali determineranno il punto da cui le acque dovrebbero uscire dal fondo in cui sono state trovate, in modo da conciliare l'interesse del proprietario della sorgente con quello de' proprietarj inferiori: salva l'indennità se vi è luogo, in favore di questi ultimi, se sia stato il proprietario della sorgente che le abbia data l'uscita, per mezzo di qualunque lavoro da lui fatto eseguire; e senza indennità, se la sorgente sia naturalmente sortita. Questa distinzione rientra nella disposizione dell' art. 640 § 562, e d' altronde pare che sia consacrata dall' art. 46 del progetto di Codice rurale.

(10) È questa allora la servitù che i Romani chiamavano *jus seu servitus stillicidii* (L. 20 §. 3 de servit. praed. urban.), cioè quando l'acqua scorreva goccia a goccia, *guttatim*, dai tetti; e *jus*

(a) Il proprietario del fondo in cui trovasi la sorgente ha su di essa un dritto di preferenza, e può usar delle acque pe' suoi bisogni. Se questi esigono ch' egli le ritenga tutte, può farlo senza che alcuno possa lagnarsene, poichè egli solo è giudice dell' estensione del suo bisogno. Dippiù, prima che le acque sortano dal suo fondo, niuno ha ancora acquistato dritto su di esse, ed egli può impiegarle a quelle opere che gli piace. Uscendo le acque dal suo fondo, e rientrando nella comunione negativa, egli non può impedire che ognuno se ne serva; ma s' egli trova più utile o più gradevole farle sboccare al nord piuttosto che al sud, il proprietario del fondo inferiore non potrebbe impedirglielo, a meno che non vi abbia acquistato dritto per titolo o prescrizione (TOULLIER al tit. 2. di questo libro n. 133).

640 dei due fondi superiore ed inferiore nulla possono fare
562 per impedire o aggravare la servitù (11).

fuminis, quando era riunita in una grondaja, o in un rigagnolo (Inst. de servit. §. 1. e Vinnio sullo stesso). Se dunque voglio dare uno scolo al mio tetto, e che io non abbia un dritto di stillicidio sul vicino, debbo fare indietro col mio edificio in modo che lo scolo cada sul mio terreno; o debbo circondare il mio tetto di un condotto che raccolga le acque piovane, e le trasporti sul mio fondo; e qualora il tetto fosse situato all'estremità del terreno, fa d'uopo ancora che il condotto sia inerente al tetto stesso, e non isporga sul fondo vicino: altrimenti sarebbe questa un'altra specie di servitù, chiamata *jus praediciendi*, la quale non si potrebbe acquistare che per titolo o prescrizione.

Del rimanente appartiene ai periti il decidere in caso di controversia a qual distanza dal fondo vicino debba esser situata la grondaja perchè il proprietario di esso non ne fosse incomodato; se mai esista sul terreno un declivio che trasporti le acque sul fondo vicino; se il luogo dove cadono le acque debba esser lastricato onde prevenire le degradazioni, che il soggiorno e l'infiltramento dell'acqua potrebbero cagionare alle vicine costruzioni, ec.

Quid, se vi abbia controversia sulla proprietà di quella porzione del terreno sulla quale cade la grondaja, traendo ragione l'uno de' proprietari dalla propria grondaja, e l'altro dal possesso in cui di fatto egli si trova del detto terreno, per es. perchè l'abbia coltivato da un dato tempo? Io penso che se la quistione sorge sul possesso, e che l'uno de' due proprietari abbia solamente il possesso dell'anno, questi debbe essere all'altro preferito. Se ambidue abbiano ciascuno per proprio dritto questo possesso, allora le cose debbono rimanere *in statu quo*. Poichè ciascuno di essi avendo il possesso, l'uno del dritto dello scolo, e l'altro del terreno sottoposto, ciascuno può essere riguardato egualmente come avente il possesso legale di ciò che ha in realtà posseduto. Ma riguardo al petitorio, fa d'uopo rimettersi ai titoli, se ve ne sono; se no, allora io penso che il possesso del terreno dovendo farne necessariamente supporre la proprietà nella persona del possessore, fino alla pruova contraria, mentre che il dritto dello scolo ha potuto esser posseduto a titolo di servitù, il possessore del terreno debb'essere riguardato come proprietario dello stesso, e l'possessore del dritto dello scolo solamente come proprietario della servitù.

(11) Il proprietario del fondo superiore non può far nulla che renda la caduta dell'acqua più rapida; nè il proprietario inferiore alcun'opera che la faccia rifluire verso il fondo superiore.

Quid, se per lo scorrer degli anni e per lo ristagno delle acque, o altra causa naturale, il fondo inferiore si fosse riempito in modo da far rifluire le acque sul fondo superiore? Il proprietario di questo avrebbe il dritto di nettar quello a proprie spese, senza che il proprietario di esso possa opporvisi. Tale è la decisione della legge 2. §§. 1. e 6 (*de aqua et aquae pluviae arcendae*); e questa decisione, fondata sull'equità, sarebbe certamente seguita presso di noi.

Per la stessa ragione, PAOLO decide nella legge 2. §. 5, *eod.*, che se una diga che si trovava nel fondo superiore si rompesse per caso

È pure per effetto di una specie di servitù naturale che quello il di cui fondo è attraversato (12) da un' acqua corrente, quantunque possa servirsene nell' intervallo che essa percorre sul di lui fondo (13), se tuttavia non fa parte del pubblico demanio (14), è tenuto di resti-

fortuito, il proprietario del fondo inferiore cui la caduta delle acque sarebbe allora più dannosa, può solamente farsi autorizzare a ristabilir la diga a sue spese, se alcun pregiudizio non ne risulti al proprietario superiore.

Nota. Una decisione di Parigi del 28 luglio 1814, () SIREY, 1816, 2. par. p. 53) decise che se due stagni, superiore l' uno, l' altro inferiore, di due diversi proprietari, sono alimentati dalle stesse acque, la pesca dee farsi *ex aequo et bono*, e con regolamento stabilito di accordo o giudizialmente. Questa equissima decisione può inoltre essere appoggiata su i motivi che hanno dettato l' art. 645 § 567.

(12) Sarebbe altrimenti se la sorgente fosse nel suo fondo, come di qui a poco il vedremo.

(13) *Quid*, se per l' uso che ne ha fatto, si trovò il volume di acqua considerabilmente diminuito al sortir della possessione? È lo stesso. Egli ha fatto uso del suo dritto. Così fu deciso in Parigi il 9 luglio 1806. (*Giurisprud. del cod. civ. tom. VII. pag. 245*). Ma ben inteso, purchè non vi sia malignità dalla sua parte. Egli ha dritto di far uso dell' acqua, ma non di abusarne. D' altronde *malitiis non est indulgendum*.

Ma potrebbe egli permetterne l' uso ad un altro? Io credo che sì, purchè ne faccia uso nel suo fondo; mentre certamente egli non potrebbe permettere ad un vicino di servirsene per l' irrigazione delle sue proprietà; questo allora sarebbe lo stesso che cangiarne il corso, o almeno in parte.

(14) Vale a dire s' essa non fosse nè navigabile, nè atta al trasporto; altrimenti non se ne potrebbe far uso che sino a quanto non ne risultasse alcun discapito alla navigazione. (*Legge del 6 ottobre 1791, tit. 1. sez. 1. art. 4*). Un decreto del 22 febbrajo 1813, (*bullet. n. 8882*) ha deciso che tutte le acque che cadono naturalmente, o per opera d' arte sia ne' canali, sia ne' rigagnoli, conserve, e stagni che li alimentano, sono interamente a disposizione de' canali, non ostante tutti gli usi contrarj; ed è proibito deviare le dette acque, tranne che non siavi una concessione, sempre però revocabile.

Osservate che si appartiene all' autorità amministrativa il decidere se una riviera sia o no navigabile, o inserviente al trasporto; e per la stessa ragione la concessione di un filo d' acqua di una simile riviera è di competenza della stessa autorità. (V. la nota 42 del Tit. I. del Lib. III. nel quarto volume). Ma fatta una volta la concessione, le difficoltà che possono sorgere fra i diversi concessionarj si appartengono a' tribunali. (Decreto de' 10 novembre 1808, in SIREY, 1817, 2. par. p. 26).

A' termini di un parere del Consiglio di stato del 24 ventoso anno 12, le contravvenzioni ai regolamenti di polizia relativi alle riviere non navigabili, canali ed altri piccoli corsi di acqua, debbono essere

tuirlo al suo corso ordinario nell'uscire da' suoi terreni. Se l'acqua attornia il fondo, il proprietario può solamente servirsene mentre trascorre (15) per l'irrigazione de' suoi terreni (16).

Quanto a quello che ha una sorgente nel suo fondo (17), il suo diritto è più esteso, poichè egli n'è real-

discusse secondo la loro natura, innanzi ai tribunali di polizia municipale o correzionale; e le contestazioni che interessano i proprietari, innanzi ai tribunali civili.

Nota. Questo parere non venne iscritto nel bollettino, ma se n'è fatta menzione in un decreto del 12 aprile 1812. (*bullet.* n. 7903).

(15) Purchè tuttavia l'acqua non scorra in un canale scavato dal proprietario stesso confinante al fiume sul suo fondo. Poichè allora il canale e l'acqua che vi scorre si presumono essere proprietà esclusiva del confinante. Così giudicossi in cassazione nel 9 dicembre 1818. (Sirey, 1819, par. 1. p. 168). Veggasi la nota seguente nella fine.

(16) *Irrigare, aquam per rivos deducere*: cioè far delle aperture ad una riviera o ruscello per riempire de' canali o canaletti espressamente costruiti. Questo è particolarmente in uso ne' dipartimenti dove si coltiva il riso.

Ma si possono fare tante aperture quanto se ne vorrà? Sì, osservando nondimeno che *summo jure* non si è proprietario che della metà della riviera; si dovrà dunque in caso di litigio, decidere *ex aequo et bono* secondo i bisogni rispettivi di ciascun proprietario limitrofo alla riva; e conforme all'articolo 645 § 567.

Notate in primo luogo che anche nel caso in cui un corso di acqua serva di limite a due proprietà, è possibile che uno de' due confinanti ne abbia acquistata la proprietà esclusiva per titolo o prescrizione; ed allora l'altro proprietario non avrebbe dritto di farvi alcuna apertura.

2. Ch'egli è possibile che un fondo sia traversato da un'acqua corrente, e che il proprietario di quello non abbia dritto di usar di questa; ciò avviene quand'essa scorre in un canale fatto per mano dell'uomo, poichè si presume l'acqua e l'canale appartenere al proprietario del fondo inferiore; come, se questa alimentasse un molino costruito in detto fondo: Fa d'uopo credere allora, dice HENRYS, tom. 2. lib. 4. quest. 149, che il proprietario del molino prima di costruirlo siasi assicurato del ramo d'acqua e del suo corso, e che per conseguenza egli sia proprietario dell'acqua e del canale. Così fu deciso con due arresti de' 13 dicembre 1608 e 15 luglio 1656, riferiti da DE LACOMBE V.º eau. n. 2.

(17) Io credo che sarebbe lo stesso ove si trattasse di acque piovane naturalmente riunite o per mezzo dell'arte, salvo il caso dell'art. 640 § 562.

DUNOD anzi dichiara al luogo cit. doversi applicare la stessa decisione alle acque piovane le quali scorrono su di una pubblica via, e che il proprietario superiore può volgere sul proprio fondo, quand'anche il proprietario inferiore ne avesse fatto uso da tempo immemorabile, poichè quest'ultimo era presunto non averne usato che per pura

252 LIB. II. *Della distinzione de' beni, della proprietà ec.*
mente proprietario (18): in conseguenza ei può non solo
usarne ad arbitrio nel suo fondo, ma benanche dirigerne
il corso all'uscita, come lo giudica convenevole, (19) tran- 641
ne nei due casi seguenti: 563

Il primo, allorchè il proprietario del fondo infe-
riore ha per alcun titolo o in forza di prescrizione ac-
quistato un dritto qualunque sopra quell'acqua. La
prescrizione in tal caso non può acquistarsi che col pos- ivi
sesso continuo di anni trenta, da computarsi dal mo-
mento in cui il proprietario del fondo inferiore (20)

facoltà; e che gli atti di pura facoltà non possono fondare prescrizione.

Ma debb' essere sempre riguardato come avente la sorgente nel suo
fondo quel proprietario, nel fondo del quale sbuca dalla terra la sor-
gente? Bisogna distinguere: Se la vena, il letto, della sorgente esiste nello
stesso fondo (e ciò dee presumersi fino a che non sia provato il con-
trario) il proprietario del fondo è anche proprietario della sorgente.
Ma se un proprietario superiore scavando abbia scoperto la vena nel
suo fondo, e l'abbia tagliata per farla scaturire nel proprio terreno,
il proprietario, sul di cui fondo essa precedentemente scaturiva, non
può lagnarsene. L. 21. ff. *de aqua et aquae pluviae, ec.* Egli di
fatti è ben chiaro che non ha la sorgente nel suo fondo, e perciò non
può reclamarne la proprietà.

(18) Quando che coloro la possessione de' quali è solamente attra-
versata o circondata da quest'acqua, non sono in certo modo che sem-
plici usuarj. È questa una conseguenza del principio, che il propieta-
rio del suolo è proprietario della superficie e del di sotto. Ma egli non
ha simil dritto che quando questa sorgente non dia origine ad un'ac-
qua che fa parte del demanio pubblico.

(19) Purchè non ne abusi unicamente per malizia, e nell'inten-
zione di privarne il tale o tale proprietario del fondo inferiore. Va
applicato sempre il principio: *malitiis non est indulgendum*: ed an-
cora purchè i proprietarj de' fondi sui quali egli dirige l'acqua, con-
sentano a riceverla. Poichè a questo riguardo altro obbligo non vi è che
per le acque le quali scolano naturalmente dal fondo superiore sull'in-
feriore; e qui si suppone che il proprietario della sorgente ne abbia
cangiato il corso naturale (a).

(20) Debbe intendersi con ciò qualunque proprietario inferiore, o
soltanto quegli che confina immediatamente col fondo superiore? Io

(a) Se il proprietario non ritiene tutte le acque della sua sorgente,
esse nell'uscire dal suo fondo rientrano nella comunione negativa al
dir di Blackston tom. 11, p. 14 e 18. Esso non può impedire ad
alcuno di usarne, ma se trova più comodo o utile farle uscire al
nord piuttosto che al sud il proprietario del fondo inferiore non po-
rà impedirglielo, mentre non ha alcun dritto acquistato su queste
acque prima della di loro uscita dal fondo superiore, a meno che
non l'abbia per titolo o per prescrizione; ma questo dritto sarebbe
allora una servitù. V. TOULLIER, l. c. num. 133.

ha fatto e terminato (21) dei lavori (22) visibi-

penso che sol di quest'ultimo ha inteso parlare l'articolo, e per più ragioni:

1. L'art. dice: *il proprietario del fondo inferiore*, e non già *di un fondo*. L'articolo del è qui determinativo, ed indica trattarsi di un sol fondo; or questo non può essere che il fondo immediatamente inferiore.

2. L'art. esige che i lavori siano visibili, vale a dire ch'essi abbiano potuto e dovuto essere conosciuti dal proprietario superiore. Or in che modo potrà egli vederli o conoscerli, se siano stati fatti in un fondo situato forse ad un quarto di lega lungi dal suo?

In fine, l'art. dice: *delle opere destinate a facilitare la caduta dell'acqua*: or questa parola, *la caduta*, indica chiaramente il punto d'onde l'acqua esce dal fondo superiore per entrare nell'inferiore. Dunque si tratta qui del vicino immediato.

Nota. Un arresto di cassazione del 25 agosto 1812 (SIREY, 1812, 1. par. p. 350) sembra aver deciso che bisognava che i lavori fossero stati fatti *sul fondo superiore* dal proprietario dell'inferiore. Tal pare ancora essere l'opinione di CEPOLLA *de servitutibus praed. rustic.* capit. 4. n. 52 e seguenti. Se questa venisse ammessa, la quistione che noi abbiamo decisa non potrebbe aver luogo. Ma a me sembra che l'art. 642 § 564 non esiga del tutto che i lavori siano fatti sul fondo superiore; e certamente che una simile disposizione meritava di essere formalmente espressa. La legge esige solo che i lavori siano apparenti, vale a dire che avessero potuto esser conosciuti dal proprietario del fondo superiore. Non è permesso di aggiungere a ciò ch'essa prescrive. L'oratore del governo nel suo discorso validamente appoggiò questa disposizione. In niuna parte si parla di lavori fatti sul fondo superiore. Ma se per più di trent'anni, egli disse, il proprietario del fondo superiore ha lasciato alle acque della sua sorgente un corso, in occasione del quale il proprietario del fondo inferiore abbia fatto costruire de' lavori visibili, nella mira di usare di queste acque, e che in tale stato ecc.; al certo qui nulla si scorge che possa indicar la necessità di un fatto così straordinario come quello della costruzione de' lavori sul fondo altrui senza il consenso del proprietario; e se ciò fosse, l'oratore stesso che da questi lavori fa risultare la presunzione di un precedente accordo di cui non rimane più alcuna traccia, non avrebbe tralasciato di convalidarsi maggiormente sulla presunzione ancor più forte che risulterebbe dalla costruzione di questi stessi lavori sul fondo superiore. Finalmente sembra che ciò sia stato formalmente deciso colla discussione ch'ebbe luogo nel Tribunato. Il progetto diceva, *opere esteriori*: il Tribunato pensò, che per non far arguire da queste parole che i lavori dovessero esser fatti sul fondo superiore, bisognava sostituirvi la parola *apparenti*. Adottando dunque questo cambiamento, il legislatore chiaro provò essere sua intenzione che bastavano le opere fatte sul fondo inferiore.

(21) Fa d'uopo ch'essi siano terminati. Non sarà dunque che dal momento dell'intera costruzione de' lavori che comincerà a decorrere la prescrizione.

(22) Fa d'uopo che vi siano de' lavori. Altrimenti il non cangia-

254 LIB. II. *Della distinzione de' beni, della proprietà ec.*
li (23), * destinati a facilitare il declivio (24) ed il corso 642
delle acque nel proprio fondo. 564

Il secondo caso nel quale il proprietario della sorgente non può deviarne il corso (25), è quando la medesima somministra agli abitanti di un comune o villaggio o borgata l'acqua ch'è loro necessaria, salvo a lui di pretenderne una indennità determinata dai periti, se tuttavia gli abitanti non ne hanno acquistato l'uso per titolo o prescrizione (26). 643
565

mento del corso riguardo al proprietario della sorgente, sarebbe riguardato come un atto di pura facoltà, il quale non può servire di base alla prescrizione. (Art. 2232 † 2138) Ma quando vi sono de' lavori, si presume che il proprietario del fondo inferiore non gli abbia fatti eseguire che di accordo col proprietario della sorgente, le tracce del quale accordo non esistono più. Del resto, dal momento che il corso dell'acqua diventa prescrivibile per l'esistenza di lavori apparenti, ne segue che in questo caso può aver luogo l'azione possessoria. Così fu deciso in cassazione il 4 maggio 1813, (*SIREY*, 1813, 1. par. p. 337) ed il 15 aprile 1822 (*bull.* n. 29).

(23) Vale a dire che abbiano potuto conoscersi dal proprietario della sorgente. Sono questi atti che costituiscono dalla parte del proprietario del fondo inferiore il possesso necessario a prescrivere; or bisogna a' termini dell'art. 2229 † 2135 che questo possesso sia pubblico, cioè ch'esso abbia potuto esser probabilmente conosciuto da colui contra il quale si vuol prescrivere. Ma, dirassi: quando il proprietario del fondo inferiore avrà fatto de' lavori, bisognerà dunque che il proprietario della sorgente ne cangi il corso suo malgrado per non lasciar acquistare la prescrizione? Io non lo credo: ma suppongo esser sufficiente che prima di terminar i trent'anni, egli faccia notificare al proprietario inferiore un atto di protesta contra ogni induzione che pretendesse trarre dal non cangiamento del corso dell'acqua, e d'una dichiarazione che se tal corso non siasi cangiato, è unicamente per pura facoltà, e non in virtù di alcun obbligo particolare. Questa protesta, rinnovata in tutt'i ventinove anni, e seguita dal silenzio del proprietario del fondo inferiore, debb'esser sufficiente a distruggere la presunzione, di cui abbiám parlato nella precedente nota. (*Argom.* tratto dall'art. 2244 † 2150 e dalla discussione ch'ebbe luogo nel Tribunato su l'art. 642 † 564).

(24) Bisogna dunque che tai lavori siano, come dicemmo, precisamente fatti nel punto in cui l'acqua lasciando il fondo superiore va a cadere nell'inferiore.

(25) Dobbiamo forse conchiudere da queste parole che la disposizione non debba applicarsi se non alle acque, le quali hanno un corso, e non ad un pozzo, ad una laguna, di cui l'acqua fosse assolutamente necessaria agli abitanti di un comune o di un villaggio? Io credo che dovrebb'essere lo stesso, e che sia il caso d'applicar la disposizione dell'art. 645 † 567.

(26) Quindi gli abitanti non hanno bisogno della prescrizione per conservare l'uso dell'acqua, ma solamente per esimersi dal pagamento

Del rimanente due osservazioni son applicabili a tutti i casi sopra indicati, ed i tribunali non debbono perderle di mira; primieramente che il legislatore non ha inteso derogare ai regolamenti particolari e locali sul corso e l'uso delle acque; ed in secondo luogo che insorgendo qualunque controversia a tal proposito, i giudici (27) debbono conciliare per quanto è possibile l'interesse dall'agricoltura col rispetto dovuto alla proprietà (28).

C A P I T O L O II.

DELLE SERVITÙ LEGALI.

La servitù legale è quella che indipendentemente da qualunque convenzione è stabilita dalla legge sola. Ve n'ha di due specie: le une han per oggetto l'utilità pubblica o comunale; le altre quella de' particolari.

Quelle della prima sorte sono per esempio: i marciapiedi o cammini (29) lungo i fiumi navigabili o atti a

dell'indennità; mentre i particolari che non hanno titoli, non possono acquistare l'uso se non colla prescrizione; ma anche è vero in tal caso che non han da pagare alcuna indennità.

(27) Non bisogna da ciò conchiudere che tutte le controversie, le quali possono sorgere relativamente alle acque, siano della competenza dell'autorità giudiziaria. Essa non dee pronunciare se non quando si tratta di soli privati interessi, vale a dire di un dritto di proprietà preteso da particolari, e ciò quando anche questo dritto fosse contravertito dal demanio pubblico. (Ordinanza del Re del 21 maggio 1818, in SIREY 1818. 2 par. p. 297). Ma tutte le volte che il pubblico può essere interessato nella contesa sotto il rapporto sia della salubrità, sia dello stabilimento o conservazione delle usine necessarie o utili ad una provincia, o a qualche comune, appartiene all'autorità amministrativa il sentenziare. (Decreto del 22 gennaio 1808, in SIREY, 1816 2. par. p. 309.) Similmente si decise con un decreto degli 11 agosto seguente (*ibid.* pag. 391) che spettava all'amministrazione d'invigilare che le acque di un'usina fossero a tale altezza da non recare pregiudizio ad alcuno.

(28) È la conseguenza del principio che noi sovente abbiain ripetuto, e che deriva dal dritto di natura: *malitiis non est indulgendum* (a).

(29) Allare i battelli vuol dire farli tirare da uomini o da cavalli,

(a) Questo principio accorda molto arbitrio al magistrato, su di cui non vi è rimedio, atteso che la Corte suprema non può entrare nella quistione del fatto lasciato alla prudenza de' giudici. V. le seguenti nostre Osservazioni.

256 LIB. II. *Della distinzione de' beni, della proprietà ec.*
trasporto; la costruzione o riparazione delle strade, ed
altre opere pubbliche o comunali (30) ec. Tutto quel che
riguarda questa specie di servitù è determinato da leggi 650
o regolamenti particolari (31). Quanto a quelle della se- 572

sia per farli risalir le riviere, sia per farli andar più velocemente nel
discendere.

Il sentiere di allaggio è di ventiquattro piedi: ma non si può chiu-
dere che a trenta piedi dal lato ove si tirano i battelli, ed a dieci dal-
l'altro lato. Vedete ciò che si dirà al 4. vol. nelle note sul Titolo del-
l'accesione.

(30) In tal caso ciascun proprietario confinante colla pubblica strada
è obbligato a lasciar depositare sul suo territorio i materiali necessari
alle costruzioni e riparazioni, ed anche a lasciar estrarre dal suo fondo
arena, pietre, ecc.; ma col dritto di un' indennità. Si può riferire pa-
rimenti a questa servitù la proibizione di fabbricare intorno alle piazze
di guerra, prescritta dall' art. 1. della legge del 18 luglio 1791.

(31) Osservate l'ordinanza delle acque e foreste del 1669 titolo
28; un arresto del Consiglio del 30 maggio 1720, trascritto nell'an-
tico DENISART, alla voce *chemins* n. 15 e 16;

La legge del 6 ottobre 1791, tit. 1., sez. 6.;

La legge del 29 florile anno 10 (*bullet.* n. 1606) relativa alle
contravvenzioni in materia di pubbliche strade;

Quella del 14 fiorile anno 11, concernente il nettamento delle pic-
ciole riviere, e l' regolamento del 26 febbrajo 1746 fatto dalla giuris-
dizione conosciuta sotto il nome di *tavola di marmo*, per lo nettamento
della riviera di Bievre o de' Gobellini vicino Parigi;

Quella del 9 ventoso anno 13 (*bullet.* n. 587) relativa alle pian-
tagioni delle grandi strade e de' camini vicinali;

Un decreto del 22 gennaio 1808 (*bullet.* n. 2954) il quale di-
chiara applicabile a tutte le riviere navigabili di Francia l' articolo 7
del titolo 28 dell' ordinanza del 1669;

Un altro decreto del 7 marzo 1808 (*bullet.* n. 3177) relativo
alla distanza da osservarsi nelle costruzioni che si approssimano ai ci-
miteri, ecc.;

Un altro decreto del 16 dicembre 1811 (*bullet.* n. 7644), rela-
tivamente alle costruzioni e riparazioni delle strade, ed alle piantagioni
fatte, o da farsi.

Finalmente gli art. 445 e 448 del Codice penale, relativi a coloro
che tagliano gli alberi appartenenti ad un altro, e piantati sulle piaz-
ze, strade, ecc. (a).

(a) Non meno i due articoli 445 e 448 del Cod. penale citati dal
nostro autore in questa nota, quanto l' altro art. 456 dello stesso Co-
dice, ch' egli cita qui appresso nella nota 40, sono stati nelle nostre
Leggi penali riuniti negli art. 445 e 446 nel modo seguente:

Art. 445. „ Il colpevole di un guasto, danno o deterioramento
„ qualunque commesso volontariamente con un mezzo diverso da quelli
„ preveduti negli articoli precedenti, sia tagliando, abbattendo alberi
„ rami, innesti, seminati, erbaggi, o facendo pascolare animali

conda specie, molte fra esse van regolate dalla polizia rurale. (a) Quelle di cui è quistione nel Codice civile sono al numero di sei: dritto d'indivisione, di confine, di passaggio, di chiusura, di comunione e di prospetto. Queste non sono propriamente parlando servitù, ma piuttosto effetti del quasi-contratto (32) di comunione o di quello di vicinanza. Ma siccome ne risultano non pertanto delle obbligazioni rispettive dei proprietarj gli uni verso degli altri, si può senza inconveniente annoverarle tutte nella classe delle servitù (33).

Osservate di più, come principio generale, che qualora si tratti di decidere, se un camino è vicinale o comunale, oppure se sia una via privata, la conoscenza della quistione appartiene all'autorità amministrativa. (Decreto del 7 ottobre 1807, in SIREY, 1816, 2. par. p. 296). È lo stesso riguardo alla quistione se vi sia stata o no usurpazione su di un camino vicinale, ecc. (Decreto dell'8 novembre 1808, *ibid.* 1817, 2. par. p. 21).

(32) Chiamasi quasi contratto, un fatto lecito il quale, senza convenzione, produce nondimeno obbligo ed azione. Così, il proprietario di una casa ne lega una metà a Pietro, l'altra a Paolo. L'accettazione che ciascuno fa separatamente del suo legato, forma fra di essi un quasi-contratto detto di *comunione*, dal quale risultano molte scambievoli obbligazioni, come quella di contribuire alle riparazioni, ec.

(33) Vedete su questa specie di servitù il trattato di DESCOURS intitolato: *Leggi per gli edifizj* con le note di GOUV.

„ *pe' medesimi, sia distruggendo argini, edifizj, siepi, fossi, mura, macerie, strumenti di agricoltura, sia colmando fossi, dislocando, o sopprimendo termini o alberi di confinazione, sia deteriorando o danneggiando comunque gli altrui beni mobili o immobili, sarà punito nel seguente modo* „

„ *Se il danno ecceda i ducati cento, la pena sarà del terzo grado di prigionia* „

„ *Se il danno non ecceda questo valore, la pena sarà del primo al secondo grado di prigionia* „

„ *Art. 446. In entrambi i casi si aggiungerà l'ammenda non minore della metà del danno, né maggiore del triplo valore di esso. Se gli alberi distrutti o danneggiati erano piantati nelle piazze, strade, cammini, sentieri, o vie pubbliche, le pene non saranno mai applicate nel minimum del grado* „

(a) Ma sebbene l'art. 650 § 572 dispone doversi stare alla determinazione de' particolari regolamenti in materia delle servitù stabilite per l'utilità pubblica o comunale, pure ciò non è applicabile se non alle servitù di tal natura la di cui esistenza non è contrastata. In conseguenza quando si tratta di decidere se una tale servitù esista o no, i tribunali debbono seguire le regole generali del dritto, come decise la cassaz. Franc. nel 23 febbrajo 1809. — SIREY, tom. 11, par. 1. p. 283.

SEZIONE PRIMA.

Del dritto d' indivisione.

La servitù legale che noi chiamiamo *dritto d' indivisione*, è quella che ha luogo allorchè i differenti piani di una casa appartengono a più proprietarj; e che i titoli di proprietà non determinano il modo delle riparazioni e ricostruzioni (34). Debbono allora queste eseguirsi a norma delle regole seguenti:

Le ricostruzioni le riparazioni ed il mantenimento del tetto e dei muri maestri (35) sono a carico di tutt' i proprietarj, ciascuno in proporzione del valore del piano (36) che gli appartiene (37).

Il pavimento di ciascun piano debb'esser fatto e riparato dal proprietario del piano.

Osservate che le servitù legali essendo poggiate sulla legge, debbono esser riguardate come munite di titolo, e sufficienti in conseguenza a dar luogo all'azione possessoria. Così fu deciso in cassazione il 13 giugno 1814. (*bullet.* n. 68). Lo stesso debb' essere delle servitù naturali, che possono considerarsi egualmente come legali, essendo stata la loro esistenza consacrata dalla legge.

(34) Ma riflettete, che se l'atto dal quale risulta l' indivisione ebbe luogo sotto l'impero d'una costumanza, che metteva, per esempio, la riparazione del tetto a carico del proprietario del piano più alto, il silenzio delle parti su questo punto debb' eguagliarsi alla clausola colla quale questo proprietario avesse consentito ad incaricarsene; e la cosa dee restare sullo stesso piede, sotto l'impero del Codice. Così giudicato e con ragione dalla corte di Lione nel dì 17 dicembre 1817; ed in cassazione nel 9 marzo 1819, (*SIREY*, 1819, par. 1. p. 303).

(35) Io credo, che debb' essere lo stesso delle dighe, volte, muri di cantina, ecc. in una parola di tutti gli oggetti necessarij alla solidità dell' intero edificio, e che servono ai bisogni o al comodo di tutt' i pigionanti, come pozzi, latrine, luoghi immondi ec.

(36) Notate che il pian terreno, quando vi sia, è riguardato come un piano.

(37) Quindi bisogna dar prima il valore all' intera casa, e poi a ciascun piano separatamente. Per esempio. Tutta la casa di quattro piani è stimata 6000 franchi; il primo piano separatamente stimato 2400, il secondo 1600, il terzo 1200, ed il quarto 800 franchi. Il valore del primo piano essendo eguale a due quinti del valore totale della casa, il proprietario di esso pagherà i due quinti delle riparazioni. Per la stessa ragione quegli del secondo pagherà i quattro quindicesimi: quegli del terzo il quinto, e quegli in fine del quarto due quindicesimi. Quest' operazione chiamasi *ventilazione*.

Quanto alle gradinate, quella che mena al primo piano al di sopra del pian terreno, debb'esser fatta e riparata dal proprietario di detto piano; quello del secondo, dal proprietario del secondo; e così di seguito (38).

SEZIONE II.

Del dritto di confine (39).

Questo dritto è quello in forza del quale qualunque proprietario (40) in qualunque tem-

(38) Questa disposizione forse non è conforme alla stretta giustizia, essendo certo che i proprietarj del secondo piano e de' superiori dovrebbero contribuire alle spese della scalinata del primo; quei del terzo e de' superiori alle spese della scalinata del primo e del secondo, e così di seguito. Ma si è voluto allontanare le difficoltà ed i calcoli che sarebbero stati per ciò necessarij (a).

Ma riflettete che il proprietario del pian terreno non è tenuto a riparare che il suo pavimento, e non le volte delle cantine, che si trovassero al di sotto, e che, come l'abbiamo detto, sono a carico di tutti i compadroni.

Quid riguardo alle soffitte? Ciascun proprietario è tenuto per la sua (GOUPEL su DESCODEST).

(39) Osservate nel Digesto il titolo *finium regundorum*.

(40) L'usufruttuario, l'affittuale, potrebbero essi intentar l'azione che nasce dal dritto di confine? L'usufruttuario essendo riguardato come comproprietario, perchè l'usufrutto è uno smembramento della proprietà, io opino secondo la legge 4. §. 9 ff. *fin. regund.* che possa competergli tale azione: è però dell'interesse del vicino di chiamar in giudizio il proprietario, altrimenti per quest'ultimo sarebbe *res inter alios acta*, e per conseguenza non gli si potrebbe opporre. Quanto all'affittuale, non avendo il *jus in re* non può intentar la detta azione: ma se per mancanza di confine fosse turbato nel suo godimento, potrebbe dimandare che il proprietario facesse cessar la molestia procedendo allo stabilimento del confine, o si risolvesse l'affitto col rintranco de' danni ed interessi. Per la stessa ragione io penso ch'egli non abbia il dritto d'intervenire allo stabilimento di confine richiesto dal proprietario o contro di lui. Ma se per tal effetto il godimento assicurategli dal contratto si trovasse diminuito, egli avrà regresso contra il propieta-

(a) Il Codice non ha stabilita la maniera come debbasi contribuire alle riparazioni de' viali, ingressi, pozzi, acquedotti, luoghi immondi, ed altre cose comuni a riguardo di cui bisogna seguire gli usi locali che non sono abrogati per tutto quello di cui il Codice non ha fatto parola. Ma per gli oggetti di cui si è esso occupato debbonsi osservare le sue disposizioni, abbenchè contrarie agli usi e regolamenti locali (P. TULLIER, n. 225).

260 LIB. II. *Della distinzione de' beni, della proprietà ec.*
po (41) può obbligare il suo vicino a stabilire a spese 646
comuni (42) i termini di confine delle rispettive loro con- 568
tigue proprietà.

rio, per farsi indennizzare; o se vi ha luogo, per far risolvere l'affitto (a).

Il tutore può intentare ancor egli quest'azione? Sì, ma con l'autorizzazione del consiglio di famiglia, essendo un'azione immobiliare. Potrebbe del pari opporvisi, ma non acquiescervi senza autorizzazione (art. 414 § 387).

(41) Il dritto di domandare la confinazione è imprescrittibile: 1. perchè è un atto facoltativo il quale non può servir di base alla prescrizione (art. 2232 § 2138); 2. perchè è del pubblico interesse che le proprietà particolari siano distinte; la prescrizione è stata introdotta per porre un termine alle liti, e qui ne produrrebbe anzi delle interminabili.

Si osservi però, che se non esistano de' limiti propriamente detti, la confinazione può dimandarsi quando anche i confini fossero ben determinati. Altra cosa è la fissazione de' confini, altro il piazzare de' limiti che debbono esserne la prova. Così giudicato in cassazione il 30 dicembre 1818 (SIREY, 1819, 1. par. p. 232.) (b).

(42) Ma se vi ha controversia, le spese ne andranno a carico della parte che succombe.

In caso di contestazione, come debb'essere determinato il confine delle proprietà rispettive? Il giudice deve determinarsi secondo i titoli ed il rispettivo possesso delle parti. Riguardo al possesso però bisogna distinguere: se la parte che non possiede ha titoli contrarii al possesso dell'altra, il possesso non può esser opposto, che ove sia sufficiente alla prescrizione: altrimenti il semplice possesso di un anno

(a) Il Signor PARDESSUS avea nella prima edizione del suo eccellente trattato delle servitù opinato che l'usufruttuario non poteva intentar quest'azione che l'art. 646 § 568 accordava ad ogni proprietario. Ma questa espressione non è limitativa, e si estende ad ognuno che esercita un dritto di proprietà, come l'usufruttuario, enfiteuta ec., a differenza di quei che non hanno che un titolo precario, come il colono. Infatti lo stesso autore nella sua quarta edizione ha cambiato parere.

TOULLIER non è qui d'accordo pel tutore. L'azione del confine dio' egli, non tende che a conservare a ciascuna delle parti l'integrità del suo fondo: questo è un atto di amministrazione che può esser fatto dal tutore, senza consultare il consiglio di famiglia, salvo a prendere il suo avviso sugl'incidenti che facessero nascere una questione di proprietà. (num. 182).

(b) Ecco le espressioni di questa massima. Non si dee confondere la limitazione con la terminazione: quella indica la linea separatoria delle due proprietà, questa dimostra legalmente la detta linea. — Quindi, l'azione per lo stabilimento del confine è utile, e debb'esser ammessa, quand'anche le proprietà avessero altri limiti sufficientemente indicati. Pare però che la pagina del SIREY sia 205.

SEZIONE III.

Del dritto di chiusura e di quello di passaggio.

647 Non s' intende qui per dritto di chiusura quello che
569 ha qualunque proprietario di chiudere il suo fondo: è

basta. Il possessore è sempre riputato proprietario fino alla pruova contraria.

Si osserva nell'antico *DENISART v. bornes* n. 8. 9 e 10, che vi era controversia nella giurisprudenza su questo punto, e che in certe provincie si decideva, che la prescrizione non poteva essere invocata per le usurpazioni fatte da un vicino all'altro. Ma il Codice non avendo fatto all'uopo alcuna eccezione alla regola comune, ed essendosi limitato a stabilire l'imprescrittibilità del dritto di domandare il confine, bisogna ritornare in tutto il resto al dritto comune.

Osservate che ove siasi rimossi i limiti esistenti, il querelante ha due azioni.

La prima è civile, ed è l'azione possessoria, o di reintegra. Essa debb'esser formata entro l'anno, e portata innanzi al giudice di pace del circondario. (Legge del 24 agosto 1790, tit. 3. art. 10.) La corte di cassazione per lungo tempo aveva giudicato che per decidere se la sentenza del giudice di pace riguardante il possessorio, era o no soggetta ad appello, bisognava considerare soltanto l'ammontare dei danni ed interessi reclamati; in modo che un giudice di pace poteva sentenziare inappellabilmente sul possesso di un podere di centomila franchi di rendita, se l'attore non reclamava che cinquanta lire di danni ed interessi, per causa del turbamento sofferto, mentrè non avrebbe potuto pronunziare sentenza inappellabile sul possesso di un jugero di terreno reclamato senza danni ed interessi. Cotale giurisprudenza non poteva sostenersi. Quindi la corte l'ha riformata da se medesima con arresto del 20 maggio 1822 (*Bullet.* n. 98) in sezioni riunite, sotto la presidenza del Guardasigilli, col quale arresto venne rigettato il ricorso contro una sentenza che aveva ammesso l'appello nel primo caso proposto.

La seconda è correzionale, ed è stabilita dall'art. 456 del Codice penale, che pronuncia una prigionia di un mese almeno, e di un anno al più, ed un'ammenda eguale al quarto delle restituzioni e de' danni ed interessi, ma che in verun caso non può esser minore di 50 franchi, contro colui il quale abbia rimossi o soppressi limiti, siepi vive, o altri alberi piantati o riconosciuti essere stati stabiliti come limiti fra le diverse possessioni.

Quando non vi siano stati limiti, e che la confinazione siasi domandata con azione principale, la causa debb'esser portata innanzi al tribunale di prima istanza del distretto ove sono i beni. I giudici di pace non possono conoscere in questa materia che dell'azione possessoria risultante dalla rimozione de' limiti esistenti.

questo un dritto comune, una dipendenza del dritto di proprietà (43); e se l'art. 647 contiene a tal riguardo una espressa disposizione, ciò proviene dacchè vi erano alcuni luoghi nei quali vigevano su tal punto usi proibitivi (44) ai quali fu con ragion derogato; tuttavolta però con la restrizione che il proprietario il quale fa chiudere il suo fondo perde il dritto ch'ei può avere di mandare a pascolare le sue bestie nell'altrui fondo (45) dopo la raccolta delle messi, in proporzione del terreno che ha sottratto all'uso comune (46).

648
570

(43) Purchè la chiusura non siasi fatta in modo da far rifluire sul fondo superiore le acque che ne scolano naturalmente.

(44) Pare che una tal proibizione generalmente esisteva nella provincia di Sciampagna, almeno sino all'anno 1769, quando si emanò un regio editto che permise ad ogni proprietario di chiudersi. ("Osservate l'antico *Dévisart* alla parola *parcours*, n. 25.) Del resto era stata già pronunziata l'abrogazione di questi usi con la legge del 6 ottobre 1791, tit. I sez. IV. art. 4).

(45) Il dritto di pascolo è quello di menare i suoi bestiami a pascolare in certi siti determinati dai regolamenti rurali, come le pubbliche strade, i prati dopo il taglio dell'erbe, le maggese e le terre sode, i boschi di alto fusto, i cedui dopo il quarto o il quinto germoglio secondo l'uso de' luoghi, le stoppie dopo un tempo stabilito dalle usanze de' paesi; e generalmente tutte le possessioni dove non vi hanno nè semi nè frutti, e che per legge o uso del luogo non sono sotto difesa. Ma questo dritto non può essere esercitato dagli abitanti di un comune che sulle terre le quali fan parte del suo territorio: e perciò si è aggiunto in alcuni luoghi il dritto di pascolo reciproco o di comunella, in virtù del quale gli abitanti di due comuni vicini possono inviare a vicenda i loro bestiami a pascolare dall'uno all'altro territorio. (Osservate la legge del 6 ottobre 1791. tit. I. sez. IV).

Nell'antica giurisprudenza, il dritto di comunella potè aver luogo, sia in virtù della costumanza, sia in virtù di un titolo, sia finalmente per l'effetto di un possesso immemorabile. Ma a termini dell'articolo 2 della legge già citata, tit. I sez. IV. bisogna attualmente che questo dritto sia fondato su di un titolo o su di un possesso autorizzato dalle leggi o dall'uso; fuori di questo caso, il possesso immemorabile può non sarebbe dunque un titolo sufficiente a legittimare l'esercizio.

(46) Vale a dire che se per esempio, egli ha chiuso la metà del suo territorio, non può mandare al pascolo che la metà del suo bestiame, e così in proporzione. Questo è molto giusto teoricamente; ma bisogna convenire che l'applicazione può seco trarre parecchie difficoltà. Del rimanente questa disposizione suppone, com'è evidente, che il proprietario che si chiude, sottrae per questo solo il suo terreno al dritto del pascolo vicendevole. È certo che lo può, qualora questo dritto già fondato unicamente sul possesso o sull'uso, e si può para-

Il dritto che ha qualunque proprietario di chiudersi soffre nulladimeno ancor oggi una eccezione, nel caso in cui quello che vuol chiudersi, si trovi situato tra la via

gonarlo ad un atto di pura facoltà, che, come abbiain veduto, non può stabilire prescrizione; ma potrebbe egli farlo ancora se vi fosse titolo? Per due volte la cassazione decise negativamente, una il 14 fruttidoro anno 9, l'altra il 13 dicembre 1808 (SIREY, 1809, 1. par. p. 72); fu però sotto l'impero della legge del 1791, il di cui articolo 11 sez. IV. pareva favorir questa distinzione. Sarebbe lo stesso sotto le attuali leggi? Per la negativa si può dire che l'art. 647 § 569 non altra eccezione sembra ammettere al dritto di chiudersi, che quella riportata dall'art. 682 § 603 pel caso del fondo circondato d'ogni parte da fondi alieni. Per altro una disposizione che desse ad una delle parti il dritto di sottrarsi all'adempimento di una convenzione stipulata da essa o dai suoi autori, è sì esorbitante nel dritto comune, che sembra difficile di ammetterla, ove non sia formalmente prescritta. È così conosciuta questa verità, che tutte le volte in cui il legislatore volle concedere ad una delle parti un dritto contrario alla sua convenzione, ebbe la cura di aggiunger queste parole: *non ostante ogni stipulazione contraria*, o altre simili (Oss. gli art. 1268 § 1221, 1453 § 1418, 1674 § 1520, 2220 § 2126, ec.). Io penso dunque, che quando vi è titolo, la facoltà di chiudersi debb'esser vietata. Osservate l'arresto di Rennes del 27 maggio 1812. (SIREY, 1815, 2. par. p. 102).

Quid nel caso seguente: un proprietario sottoposto alla servitù del pascolo, e l di cui fondo si trova frammezzo a due fondi soggetti anch'essi al medesimo dritto, vuol chiudersi. Debbe egli lasciar libero sul suo territorio il passaggio al bestiame che dal fondo superiore va all'inferiore, o viceversa, per pascolare? Non essendovi altra via di comunicazione, l'affermativa per me non sembrerebbe dubbia. (art. 682 § 603). Ma una seconda questione è di sapere se gli sia o no dovuta indennità. Per la negativa può dirsi, che i proprietarj de' fondi superiori i quali si suppone esser passati da un'epoca immemorabile pel fondo attualmente chiuso, sembrano aver prescritta l'indennità, conforme all'art. 685 § 606. Ma si può rispondere, che trovandosi allora questo fondo stesso sottoposto alla servitù del pascolo, il bestiame lo percorreva non tanto per avervi il passaggio, quanto per pascolarvi. Il proprietario non avea dunque azione alcuna per reclamare un'indennità; e quindi la prescrizione non poteva aver luogo contro di lui in virtù della regola *contra non valentem agere, non currit praescriptio*. Potrà dunque reclamare ora un'indennità. Ma se lascia poi passare trent'anni da decorrere dal momento in cui si è chiuso, la sua azione sarà prescritta) art. 685 § 606).

Nota. 1. Un'ordinanza del Re, del 22 luglio 1818, riportata nel SIREY, 1818, parte 2. pag. 303, ha deciso che le controversie esistenti tra i comuni su di un dritto di pascolo, erano della competenza de' tribunali, se si trattasse soltanto dell'esecuzione de' titoli esistenti; ma che se si trattasse di modificazione o cambiamenti da farsi a tal dritto a motivo dell'utile comune o rispettivo delle parti, la materia era amministrativa, e dovea esser regolata nelle forme prescritte dal decreto

264 LIB. II. *Della distinzione de' beni, della proprietà ec.*
 pubblica ed un fondo circondato in modo che non abbia
 su la medesima veruna uscita (47). Allora il proprietario
 di questo fondo può reclamare il passaggio di cui ha bi-
 sogno per la coltivazione del suo podere (48), assumendo 682
 il peso di una compensazione proporzionata al danno che 603
 dee risulturne (49). Ciò costituisce la servitù legale chia-
 mata *dritto di passaggio*.

del 9 brumale anno XI, e del parere del Consiglio di Stato del 9 mag-
 gio 1808. (a)

2. In conseguenza dello stesso principio, venne giudicato in cas-
 sazione nell' undici ottobre 1821, (SIREY, 1821, par. 1., p. 25),
 che appartiene alle attribuzioni dell' autorità municipale, il regolare
 l' esercizio del dritto del pascolo tra i particolari.

(47) Fa d' uopo che non ve ne sia alcuna. Che se una ve ne
 fosse, o sufficiente alla coltivazione del suo podere, benchè incomoda,
 non potrebbe far uso del beneficio dell' art. 682 § 603.

Pertanto venne giudicato dalla corte di Roano nel 15 febbrajo 1821
 (SIREY, 1821, par. 2. p. 153); che un fondo il quale non aveva al-
 tra uscita che per un fiume sul quale non vi fosse nè ponte nè battel-
 lo, doveva esser riguardato come chiuso e circondato.

(48) Potrebbe egli reclamare il passaggio per un dato tempo sol-
 tanto, se il cammino dal suo fondo alla strada pubblica si trovasse mo-
 rucutamente ingombrato? Sì, senza dubbio, ma in tal caso, pro-
 priamente parlando, non sarebbe una servitù.

(49) *Quid* se il fondo sia stato venduto da uno de' proprie-
 tarj intermedj tra questo fondo e la strada pubblica, senz' essersi fatta
 menzione del passaggio o dell' uscita? Io penso che in questo caso la
 servitù è sempre dovuta dal venditore, e senza indennità. (Argom. de-
 dotto dalla legge 23 §. 3 ff. *de servit. praed. rustic.*, la quale non
 fu fatta in verità che pel caso della divisione, ma la cui disposizione
 è applicabile alla vendita, la quale è un contratto di buona fede come
 la divisione, con cui quella aveva presso i Romani molta somiglian-
 za). Si potrebbe stabilire inoltre questa decisione per analogia: 1. sul-
 l' art. 696 § 617. Se colui il quale concede una servitù, è obbligato
 a dare tutto ciò ch' è necessario per usarne, benchè non ne parli il
 titolo; a *pari* chi vende un fondo, debb' essere tenuto a tutt' i dritti
 senza de' quali questo fondo sarebbe assolutamente inutile nella mano
 del compratore; 2. sull' art. 1018 § 972 il quale dispone che la cosa
 legata va consegnata con tutt' i necessarij accessorj: se fu dunque le-
 gato il fondo chiuso, e che altra uscita non avesse sulla pubblica
 strada tranne il passaggio per un fondo della successione, l' erede sa-
 rebbe tenuto di concederla gratuitamente quand' anche non ne fosse
 fatta menzione nel testamento; 3. finalmente, sull' art. 1615 § 1461
 il quale decide negli stessi termini, che la cosa venduta va consegnata
 con tutt' i suoi accessorj, e con tutto ciò ch' è destinato al suo per-
 petuo uso. Or come non comprendere nelle cose destinate all' uso per-

(a) V. nelle Osservazioni sez. VIII n. 5.

Se le parti non convengono in via amichevole, sia intorno alla somma della compensazione, sia intorno al modo di esercitare la servitù, il tutto va regolato a giudizio dei periti, osservando che il passaggio debbe prendersi in generale (50) in quella parte in cui il transito è più breve dal podere circondato alla via pubblica (51), ma nel tempo stesso in quella parte ove riesca di minor danno al fondo su cui viene accordato (52).

Questa servitù ha ciò di particolare (53), che può

petuo di un fondo il passaggio senza del quale la coltivazione sarebbe assolutamente inutile? Tale sembra essere stata pur l'opinione di COQUILLE, quest. 74.

(50) L'articolo dice *regolarmente*. Noi vi abbiamo sostituito *in generale*, la quale parola suppone potervi essere qualch'eccezione; e di fatti non è questa un'assoluta disposizione dalla quale i giudici non possano allontanarsi in alcun caso, come, se il tragitto più corto esigesse delle spese considerevoli onde praticarvi un camino, quegli a cui è necessario il passaggio potrebbe, se non ne risultasse troppo grave peso al vicino, ottenere che dato gli venisse il passaggio per un sito meno difficile. Fu deciso così in cassazione il 1 maggio 1811. (SIREY, 1811, 1. par. p. 325).

(51) O sino ad un altro fondo appartenente al proprietario del fondo chiuso, e che sporga sulla strada pubblica.

(52) Vale a dire che se l'uscita o il tragitto più breve è il più dannoso nel tempo stesso, come un cortile, un verziere, ec. il passaggio debb'esser preso da un'altra parte; ma se tutte le uscite sono dannose egualmente, dee prendersi la via più breve.

Quid se dopo lo stabilimento del passaggio, il proprietario del fondo chiuso venisse ad acquistare un fondo annesso al suo, e sporgente sulla via pubblica? A me sembra che l'equità esigerebbe in questo caso che il proprietario, il quale è stato obbligato ad accordare il passaggio sul proprio fondo, potesse domandare di esimersi da questo peso, salvo a regolare l'indennità, se questa non consistesse in un'annua prestazione. Tal decisione potrebbe fondarsi per analogia sugli art. 209 § 199, 301 § 230; e soprattutto sul 701 § 622 dal quale risulta che principalmente in materia di servitù i principj del dritto debbono cedere a quelli dell'equità naturale. Io non credo neppure che in questo caso il proprietario del fondo chiuso possa poggarsi sul suo possesso quanto lungo sia stato. Poichè prima di tutto qui si tratta di una servitù discontinua, la quale non può acquistarsi con la prescrizione: in secondo luogo, il titolo reclamerebbe sempre, e sarebbe la prova in ogni tempo esistente che il passaggio non sia stato accordato, se non per necessità; e ciò esclude ogn'idea di prescrizione.

(53) Poichè di fatti, come l'osserveremo nel cap. III., la servitù di passaggio non si può acquistare con la prescrizione quando non è legale. Il motivo della differenza è semplice: Nel caso del fondo chiuso, non vi è bisogno di prescrizione per acquistare la servitù in se stessa, giacchè il proprietario può esser costretto a concedere il pas-

acquistarsi gratuitamente con la prescrizione, nel senso che ove il proprietario del fondo circondato ha goduto per trent'anni del passaggio senza richiamo, questo debb'esser continuato, quantunque l'azione per indennità sia prescritta.

685
606

Il dritto di *chiusura* di cui si tratta nella presente sezione e ch'è considerato come servitù legale, è quello in virtù di cui qualunque proprietario di case corti e giardini (54), nelle città e nei sobborghi (55) può costringere

saggio; ma la prescrizione è utile per acquistarlo gratuitamente, prescrivendosi l'azione per indennità, come ogni altra azione, coll'intervallo di trent'anni.

E ancor utile la prescrizione per impedire nel caso che il titolo tacesse, ogni richiamo fondato sul motivo che il cammino non sia il più breve per andare alla via pubblica, che sia più incomodo ec. Il passaggio per trent'anni dee far presumere che tutte queste considerazioni siano state bilanciate fin dal principio, e che non abbiano impedita la determinazione del passaggio fino allora praticato. Io non debbo però dissimulare che diversamente fu decisa dalla corte di Poitiers, ed in cassazione il 7 febbraio 1811 (SIREY, 1813, 1. par. p. 463). Malgrado ciò, credo dover persistere nella mia opinione. Nè osta che qui si tratti di una servitù discontinua; poichè, come si disse nel precedente paragrafo, è nel presente caso una specie di servitù legale; dunque esiste indipendentemente dalla prescrizione. Non si tratta che di determinarne il modo; ed a me sembra che in questo caso la presunzione risultante da un modo di godimento uniforme per trent'anni, debba prevalere ad ogni altra considerazione. Questo sistema sembra essere stato consacrato da un più recente arresto della corte di cassazione, del 10 luglio 1821 (*Bullet.* n. 51).

Ma da qual epoca decorrono i trent'anni per la prescrizione dell'indennità? Dal giorno in cui il proprietario del fondo chiuso ha incominciato a passare; essendo da questo momento esigibile l'indennità. Ma riflettete che fa d'uopo essere stato il passaggio necessario fin dal principio; perchè se si supponga che il fondo non sia stato sempre chiuso, e che il proprietario abbia cominciato a passare in un'epoca in cui il fondo era aperto, i trent'anni non cominceranno a decorrere che dal momento in cui il fondo ha cominciato ad esser chiuso. Fin allora sarebbe stata una servitù ordinaria di passaggio, che non può acquistarsi colla prescrizione.

(54) Quindi questa disposizione non si applicherebbe alle terre aratorie, prati, ec. che possono trovarsi ne' sobborghi di una città. Vi sono ancora in Parigi de' pezzi di terreno, o paludi situate ne' sobborghi. Certamente fra due terreni simili, o fra uno di essi ed un edificio non potrebbe obbligarsi alla chiusura.

(55) E non nelle campagne; ma in caso di lite, come verrà decisa la questione se un comune sia città o no? Se i tribunali non si credono abbastanza illuminati su questo punto, essi la dovranno rin-

il suo vicino a concorrere nelle spese di costruzione e
 663 riparazione de' muri (56) che dividono le loro proprietà
 584 rispettive.

L'altezza di questa chiusura è determinata dai regolamenti o usi locali. In mancanza degli uni e degli altri è stabilita, pei muri divisorj da costruirsi o riedificarsi in avvenire (57), a trentadue decimetri (dieci piedi) almeno in altezza (58) nelle città di cinquanta mila anime

viare all'autorità amministrativa solamente per decidere questa prima questione. Lo stesso debb'essere per l'altra, se un luogo situato vicino ad una città ne sia o no il suburbio.

Si potrebbe nelle campagne obbligare il vicino a mantenere, o a rifare le chiusure esistenti? Certamente, se siano comuni, (Art. 655 § 576), salva la facoltà al vicino di dispensarsi dal contribuirvi abbandonando il suo dritto alla chiusura ed al terreno sul quale essa è costruita, se fosse un muro, o piantata, se fosse una siepe.

(56) Di che debb'essere la chiusura, se si tratta di una nuova costruzione? A questo riguardo debbono seguirsi gli usi de' luoghi. A Parigi si fa di buoni rottami di pietre. Ma se uno de' due volesse farla di pietre di un prezzo maggiore, dee pagarne il di più.

È possibile, che prima dell'attual Codice vi sieno state delle città dove la chiusura non era di obbligo. Se supponiamo che in una di esse un proprietario abbia fatto costruire un muro a sue spese per chiudersi, potrebbe ora costringere l'altro proprietario a rimborsare la metà dell'attual valore del muro e del terreno, su cui è fabbricato? Non mi sembra dubbia l'affermativa. Se il muro non vi esistesse, potrebbe obbligarlo a costruirne uno a spese comuni. Dunque poichè ve n'ha, egli può costringerlo a rimborsarne la metà del valore, apprezzato secondo l'altezza che dee avere come muro di chiusura.

(57) Quindi, i paesi ne' quali l'uso non è costante, se il muro di chiusura il quale non ha l'altezza stabilita dalla legge, non abbia attualmente bisogno di rifazione; il vicino non può esigere che sia innalzato, e *viceversa*, se più alto, uno de' vicini non può domandare che venga abbassato, salvo a potersi esimere dal peso di contribuire alle riparazioni di questo di più, facendone l'abbandono.

Si osservi che non s'impedisce a quello che si vuol chiudere, di farlo ad un'altezza maggiore, ma egli non può forzare il vicino a contribuirvi al di là di quello che importa l'altezza determinata dalla legge. Egli dunque dee pagar l'eccedente, ed esser tenuto ai pesi di esso. Ma altresì questo di più gli appartiene esclusivamente. Egli può fare delle aperture nella forma prescritta dall'art. 676 § 597 e può impedire il vicino di appoggiarvi qualunque opera, ec.

(58) Cominciando dal suolo. *Quid* se i due terreni non sono di uguale altezza? Deesi allora misurare dal più elevato. Tale è l'opinione di Desconers, ed io la credo fondata; ma quest'autore aggiunge, che in questo caso il proprietario del terreno più basso non dee contribuire alle spese di chiusura se non fino all'altezza legale presa dal suo lato, e che l'altro non solo dee a lui pagare le spese del di più,

o più, ed a ventisei decimetri (otto piedi) nelle altre, compreso il cornicione. I muri così fabbricati a spese comuni sono chiamati *divisorj*.

ma rimborsargli i pesi. Ciò mi sembra contraddittorio; poichè se il proprietario del fondo superiore vien forzato ad innalzare il suo muro a dieci piedi dal suo suolo, ciò non è nel di lui interesse nè per sua sicurezza, poichè noi supponiamo che il muro abbia l'altezza di dieci piedi dall' altro lato; non può esser dunque che per la sicurezza del vicino, o almeno nel di lui interesse, per impedire che il proprietario del fondo più elevato non possa vedere da sopra il muro che si faccia nel fondo inferiore. Or sarebbe strano che questo vicino fosse precisamente dispensato dal contribuire alle spese di una costruzione, la quale non viene fatta che in suo favore. Forse l'opinione di DESCODERS potrebb' essere ammessa ove il proprietario del fondo inferiore dichiarasse a lui bastar solo che il muro abbia dalla sua parte l'altezza della legge; poichè esigendosi l'eccedente unicamente nel suo interesse, non è affatto dubbio ch'egli possa rinunciare ad un dritto a lui favorevole.

Su tal questione si è preteso, che qualora due terreni siano situati in pendio, lo scoscendimento delle terre naturalmente avvenuto è un accidente di cui il proprietario superiore non dee garantire l'inferiore. Ciò è vero; ed io abbraccio tanto più questa opinione in quanto che può avvalorarsi coll' art. 640 § 562. Ma si soggiunge che quando i due fondi sono separati da un muro, e che il superiore forma sterrato riguardo all' inferiore, il muro che sostiene le terre fino al livello del suolo più elevato, debb' essere costruito e mantenuto dal solo proprietario superiore, e che l' inferiore non dee contribuire se non al muro di chiusura dall' alto del muro dello sterrato. A me sembra che queste due decisioni si contraddicano. Poichè se nel caso in cui non esiste il muro, il proprietario inferiore è obbligato a soffrire lo scoscendimento ne segue che il muro dell'alzata di terra vien costruito secondo le circostanze forse più per suo interesse, che per interesse del proprietario superiore, poichè ciò gli evita l'inconveniente di vedere in ogn'istante le sue fabbriche e piantagioni sepolte sotto le terre cadute. D' altronde il muro dello sterrato può e dee riguardarsi come fondamento del muro di chiusura; e le riparazioni delle fondamenta di un muro sono certamente una parte delle riattazioni di questo. Non debbo peraltro dissimulare, che si oppone a questa decisione un arresto del parlamento di Parigi del 26 maggio 1762 inserito nell' antico DENISART alla parola *mur* num. 13, il quale giudicò spettare solo al proprietario superiore di far riparare a sue spese il muro dell' alzata di terra; ma io non perciò rinuncio alla mia opinione. Quell' arresto par che fu pronunciato in un caso particolare. Si trattava di una chiesa costruita su tale sterrato. Nulla pruova che il muro ch'era al disopra fosse comune; è possibile che il proprietario inferiore abbia dichiarato ch'egli preferiva sopportare la frana anzi che contribuire alle riparazioni del muro. In quanto alla chiesa poi non potea fare la stessa dichiarazione, giacchè lo sterrato la sosteneva: era dunque naturale ch'essa pagasse solo le riparazioni; e quel che appoggerebbe maggiormente questa presunzione, si è che l'ar-

SEZIONE IV.

Della comunione de' muri divisorii.

È questa una servitù legale per cui due proprietari vicini avendo un muro comune son tenuti l'un l'altro ad obbligazioni rispettive (59). Questa materia essendo molto usuale debb' esser trattata circostanziatamente: divideremo quindi questa sezione in due paragrafi, nel primo dei quali tratteremo dell'acquisto del dritto di questa comunione, nel secondo degli effetti risultanti dal dritto acquisito.

§. I.

Dell'acquisto del dritto di comunione de' muri.

Ciascuno si può chiudere con un muro, una fossa o una siepe. Noi non parleremo qui del caso in cui fosse provato che il muro la fossa o la siepe sono stati stabiliti a spese comuni e con accordo tra i proprietari: egli è chiaro che in questo caso il dritto di comunanza appartiene incontestabilmente a ciascun di loro. Ma siccome la chiusura può stare senza che rimanga alcun vestigio del modo in cui fu stabilita, e che importa intanto di prevenire i litigj già sì frequenti tra vicini, è stato d'uopo ricorrere in questo caso ad una presunzione legale (60).

resto, dice l'autore che lo riferisce, si appoggiò sul motivo che la riparazione non giovava se non alla chiesa. Ed in conseguenza io penserei che la decisione consacrata da quest'arresto dovrebbe effettivamente aver luogo in ogni caso in cui la chiusura non essendo d'obbligo, il proprietario inferiore dichiarasse ch'egli abbandona ogni dritto tanto sul muro dello sterrato, quanto su quello che potrebbe essere costruito al di sopra.

(59) Quindi tal dritto differisce da quello di chiusura in quanto che in questa si tratta di costringere il vicino a chiudersi, ed ivi considerandosi la chiusura come esistente si stabiliscono obblighi rispettivi che ne risultano. In effetti la servitù di chiusura non esiste che nelle città e sobborghi, mentre che quella della comunione del muro, esiste ovunque sono chiusure comuni o presunte tali.

(60) Noi abbiamo altrove detto ciò che debba intendersi per pre-

In conseguenza il principio generale a questo riguardo si è, che ogni muro il quale serve di divisione (61) tra edifizj sino alla sua sommità (*heberge*) (62), o tra corti e giardini (63) ed anche fra recinti (64) nei campi (65), si

sunzione legale. Ricorderemo solo ch' essa in generale è la conseguenza tratta da ciò che più frequentemente ha luogo, *ex eo quod plerumque fit*. Così, come avviene spesso ed ordinariamente che il muro di chiusura tra due vicini sia comune, la legge presume, sin a che non venga provato il contrario, che ogni chiusura sia comune.

(61) E d' immediata divisione; poichè se al di là vi esistesse uno spazio, per ristretto che fosse, appartenente al proprietario del terreno ch'è al di qua del muro, ciò sarebbe all'opposto una prova che il muro appartenga per intero a questo proprietario. Lo stesso sarebbe se lo spazio fosse pubblico.

(62) *Héberge* è una voce antica, che significa alloggio, dalla quale viene la parola *héberger*, ec. *Fra gli edifizj sino alla sommità*, significa che il muro fra due edifizj è reputato comune, sino al punto di elevazione dell'edifizio il meno elevato. Se dunque uno di essi ha cinquanta piedi di altezza, e l'altro non ne abbia che trenta, il muro è reputato comune fino a trenta piedi.

Quid se il muro fosse più alto dell'edifizio il più elevato? Io non penso che questo potesse aumentare il dritto del proprietario dell'edifizio meno elevato, il quale non potrebbe sempre reclamare la comunione del muro che sino alla propria sommità, e l' dippiù appartenerrebbe all'altro proprietario, il quale sarebbe reputato di aver fatto innalzare il suo muro nell'intenzione di elevare un giorno il suo edifizio ad un punto più elevato.

(63) *Quid*, fra edifizj e giardini? Io credo che bisogna distinguere. Se in un luogo in cui si può esser costretti a chiudersi, come in una città, o in un subborgo, il muro debb'essere reputato comune fino all'altezza della chiusura. Negli altri luoghi, bisogna ancor distinguere: Se il giardino è chiuso da tutt' i lati, io penso che il muro dev'essere reputato comune sino all'altezza del muro che forma la chiusura degli altri lati. Se il giardino non è chiuso che dal lato dell'edifizio, io penso che il muro dee riputarsi appartenere in intero al proprietario dell'edifizio. (Argom. dedotto dall'art. 670 § 591.) Non è in fatti probabile che il proprietario di un cortile o d' un giardino aperto da tre lati abbia contribuito volontariamente alla chiusura di un lato solo.

(64) Al plurale, vale a dire fra due campi interamente chiusi; poichè se un solo fosse chiuso, e l'altro no l' fosse che dal lato ov' è il muro di cui si tratta, io penso che il muro debb'essere reputato appartenere in intero al proprietario del campo chiuso, (argom. tratto dall'art. 670 § 591 e da ciò che si è detto nella nota precedente in riguardo delle corti e giardini ne' luoghi cui non si è costretto a chiuderli.

(65) Ed in questo caso, cioè fra corti, giardini e recinti il muro vien reputato intermedio in tutta la sua altezza, se non vi ha titolo o segno in contrario.

653 presume comune se non vi è titolo o segno in contra-
574 rio (66).

È segno che il muro non è comune (67), allorchè la sommità di esso da una parte è diretta ed a piombo della sua fronte esteriore, e dall'altra presenta un piano inclinato (68), come pure quando non vi è che da una parte sola lo sporto del tetto, o finalmente allorchè non vi sono del pari che da un sol lato i cornicioni o le
654 creste (69) e le mensole (70) di pietra appostivi al tempo
575 della costruzione del muro (71). In questi casi il muro

(66) *Quid se vi è ad un tempo stesso e il segno di non comunione e 'l titolo che la pruovi? Il titolo dee prevalere, ammeno che non vi fosse la prescrizione; ciò che può aver luogo ove i segni fossero visibili, ed esistenti da trent'anni, e dove questi fossero convalidati dal possesso: per esempio, se dalla stessa epoca uno de' proprietarj abbia agito come proprietario solo ed unico del muro; cioè, s'egli sempre l'abbia fatto riparare a sue spese, se vi abbia fatto de' lavori senza chiamar l'altro, ec. (Argom. tratto dall'art. 690 § 611).*

(67) Anche qui vi è una presunzione legale, fondata sul motivo che ordinariamente i muri non si costruiscono in questo modo, che qualora appartengano in totalità a colui che li fa costruire.

Questi segni debbono far presumere la non comunione del muro in tutta la sua altezza? Bisogna distinguere: se siasi in luogo in cui la chiusura non è di obbligo, io credo che il muro intero dee presumersi non comune; ma nelle città, o ne' subborghi vi ha sempre presunzione di comunione sino all'altezza legale. Non si può presumere che chi poteva far pagare al vicino la metà di quest'altezza, abbia preferito costruire il muro intero a sue spese.

(68) Per servire di scolo alle acque piovane che allora non iscorrono che da un lato. Or non può presumersi, che il proprietario dal cui lato scolano le acque, avesse acconsentito a riceverle in totalità, se il muro fosse stato comune.

(69) Chiamasi cresta la parte della schiena del muro che ne sporge affinchè l'acqua cadendo al di là della faccia del muro, non lo guasti. Si dice pure gocciolatojo. (Desconers).

(70) Si chiama così una pietra sporgente che si ha costume di mettere sui muri poco doppi, affin di poggiarvi le travi sopra per dar loro minor lunghezza. Ma non debbonsi confondere queste mensole con quelle che si chiamano *morse*, o pietre di attacco, che son quelle che colui che fabbrica il primo fa sporgere dal lato del vicino; affinchè quando il vicino vorrà fabbricare, le due case si trovino giunte insieme, onde non sia necessario far degl'intagli, ed incastri che deteriorerebbero le muraglie della prima casa. Da ciò si osserva, che queste morse non possono somministrare alcun argomento relativamente alla comunione.

(71) Si riconosce che la mensola è stata situata nell'atto di costruire il muro, allorchè la doppiezza di questo e lo sporto sono di una sola pietra. È necessaria questa condizione, perchè altrimenti sarebbe possi-

si considera (72) appartenere esclusivamente a colui dalla cui parte sono il piano inclinato, lo stillicidio, il cornicione o le mensole di pietra (73). Non pertanto in tutt'i casi quand' anche fosse provato da un titolo che il muro

bile ad un proprietario di situare queste mensole dal suo lato, all' insaputa dell' altro, e procacciarsi con ciò fraudolentemente un segno di non comunione. Per la stessa ragione, io penso che queste stesse mensole situate dopo la costruzione, non potrebbero stabilire una prescrizione. Poichè il possesso che risulterebbe, non avrebbe il carattere di pubblicità richiesta per la prescrizione (art. 2229 § 2135), giacchè potrebbero facilmente queste rimaner ignote all' altro proprietario.

(72) Altro non essendo che una presunzione, la quale cesserebbe, se la comunione venisse provata con titoli. Ma gl' indizj contrarj formerebbero una pruova di comunione, come, se vi fosse una schiena, una mensola, ec. da entramb' i lati, si dovrebbe conchiudere necessariamente che il muro sia comune? Io penso che bisogna distinguere: O si tratta di fondi riguardo ai quali esiste la presunzione di comunione, purchè non vi siano segni in contrario; come a dire fra edifizj, corti, giardini, o recinti, ed allora gl' indizj di cui parliamo, sono del tutto indifferenti: o si tratta di altre specie di fondi, ed allora potranno quest' indizj contribuire a determinare il giudice a dichiarare il muro comune. Ma io non credo che essi dovessero considerarsi come una presunzione necessaria di comunione. Poichè se, per esempio, di due fondi l' uno fosse interamente chiuso da muri guerniti di schiena dalle due parti, e l' altro fosse tutto aperto fuorchè da quel lato che confina col fondo chiuso, certamente che in questo caso non si dovrebbe presumere comunione. D'altronde la legge ha ben detto che la mancanza di quest' indizj formerebbe presunzione di non comunione: ma non ha detto che la di loro esistenza formerebbe presunzione di comunione: e l' uno non è la conseguenza necessaria dell' altro.

(73) Ma da qual tempo bisogna che le cose siano in questo stato per istabilire la presunzione della non comunione? Io penso che basti il possesso di un anno, salvo al vicino il quale pretende che il muro sia comune, a provarlo con documenti, nel qual caso la pruova risultante da' titoli non può essere distrutta che dal possesso di trent' anni.

Quid se uno de' vicini faccia alzare a sue spese il muro comune conforme all' art. 658 § 579, e faccia fare dal suo lato la schiena o cresta? L' altro vicino deve invigilare che l' antica schiena venga conservata dal suo lato, o rifatta, se fosse stato demolita: altrimenti in capo ad un dato tempo l' altro vicino potrebbe pretendere che il muro gli appartenga per intero; o almeno quella porzione ch' è al di là dell' altezza legale, se in luogo ove la chiusura sia di obbligo. Se però egli avesse pagati i pesi in ragione dell' inalzamento, e che se ne producesse la quietanza, sarebbe questa pel vicino una pruova della comunione dell' antico muro. Lo stesso sarebbe di ogni altro documento dal quale si potesse indurre che il vicino abbia riconosciuto questa comunione.

non è comune, il proprietario contiguo (74) ha sempre il dritto (75) di renderlo tale, in tutto o in parte, anche

(74) L'art. 661 † 582 dice *ogni proprietario in contiguità di un muro*, cc. Fa d' uopo dunque che il muro sia costruito sull' estremità del terreno appartenente all' altro proprietario. Ma *quid* se colui che ha fatto costruire il muro, per evitare di esser obbligato a venderne la comunione, abbia lasciata una porzione di terreno voto al di là del muro? Bisogna distinguere: se questa porzione è di una sufficiente larghezza per potergli essere di qualche utile, come per passarvi, per situarvi delle scale, o per ricever lo scolo dell' acque, allora è certo che il muro non può esser considerato come muro di divisione, e non vi è luogo da applicare la disposizione dell' art. 661. Diversamente nel caso contrario. Si presume allora esservi una vera malizia dalla parte del proprietario contiguo. Ora, *malitiis non est indulgendum*. La legge che obbliga il proprietario di un muro di separazione a venderne la comunione, può esser riguardata in qualche maniera come una legge di utile pubblico, la di cui disposizione non dee permettersi di eludere, senza un qualche motivo. Solamente il vicino sarà obbligato a comprare non solo la metà del muro e del terreno, ma benanche la porzione del terreno che avanza dal suo lato.

(75) *Sempre*, in ogni tempo. È questo un atto di facoltà da non potersi eliminare con la prescrizione. Riflettete che questa facoltà ha luogo parimenti fuori della città e de' sobborghi. Nelle campagne in verità non si può obbligare il vicino a chiudersi; ma se esiste la chiusura, ed appartiene per intero ad uno de' vicini, egli può esser obbligato a venderne la comunione.

Alcuni anticamente pensavano, che il vicino non poteva far uso di questo dritto che qualora volesse edificare accanto al muro, o applicarvi qualche opera. Altrimenti, dicevano, sarebbe lo stesso che favorire la malignità di un proprietario, il quale non comprenderebbe la comunione che per pura malevolenza, ed unicamente col disegno di nuocere al vicino; per esempio, per fargli chiudere le sue luci, o per poter alzare il muro onde rendere oscuro l' edificio vicino. Desgodets riferisce anche una sentenza che decise in questo senso. A me sembrerebbe impossibile di ammettere questa opinione sotto il Codice. L' articolo non distingue; e d' altronde egli è possibile che colui che compra la comunione, altro motivo non abbia che quello di far chiudere le aperture, senz' avere per ciò la volontà di nuocere al proprietario contiguo, ma solo d' impedirgli che abbia veduta nel suo fondo, che non getti nulla o nel suo cortile o nel suo giardino, o altra cosa simile. D' altronde se si richiedesse assolutamente che si facessero delle fabbriche, sarebbe ben facile di adattarvene delle leggiere che in seguito si demolirebbero. Si permetterebbe allora al vicino di annullare la vendita della comunione? Ne risulterebbe un' infinità di processi, che sempre è così essenziale di prevenire. Fu deciso conforme a questo avviso in Lione il 5 marzo 1812. Si ricorse in cassazione, e l' ricorso fu rigettato il 1 dicembre 1813. (SAY, 1814, 1. par. p. 95). Nel senso stesso fu parimenti deciso in cassazione il 5 dicembre 1814. (Bullet. num. 96).

274 LIB. II. *Della distinzione de' beni, della proprietà ec.*
senza il consenso del padrone, rimborsandogli la metà del
valore del suolo sopra cui il muro è costruito (76), non

Se quegli a cui appartiene il muro vi abbia applicate delle costruzioni del genere enunciato nell' art. 674 § 595, senz' aver fatto una contro-scarpa, o prese le precauzioni indicate nel detto articolo, il vicino, il quale acquista la comunione, potrà mai esigerne la demolizione, o almeno l'aggiunzione delle opere prescritte? In sulle prime, se ne sia risultato qualche inconveniente, l'affermativa non sembra dubbia; come, se si trattasse di una latrina, e che siavi infiltrazione. Lo stesso avviene nel caso contrario, se le costruzioni siano state fatte dopo il Codice, poichè queste opere sono prescritte anche nel caso in cui il muro appartenesse esclusivamente a colui che le ha fatte eseguire. Ma se siano state fatte prima, io credo che bisogna distinguere: Se la costumanza del luogo contenesse una disposizione somigliante a quella del Codice, bisognerebbe decidere come se i lavori fossero stati fatti dopo del Codice. Nel caso opposto, le cose resterebbero *in statu quo*, fino alla demolizione; ed allora, non potranno essere ristabiliute, che conforme all' art. 674 § 595.

(76) Il muro, o la porzione di esso, qualora egli non voglia prenderne che una porzione della lunghezza, poichè se lo prende in tutta la sua lunghezza, egli dee la metà del valore di tutto il terreno, quand' anche non volesse rendere il muro comune in tutta la sua altezza.

Osservate 1. che vi erano delle costumanze, le quali non obbligavano affatto i proprietarj contigui di contribuire alla chiusura, ma accordavano a colui che voleva chiudersi il dritto di prendere sul contiguo fondo la metà del terreno, sul quale il muro doveva essere costruito. Egli è certo che pe' fondi situati ne' luoghi di tali costumanze, i terreni sui quali son costrutti i muri di chiusura, debbono esser considerati, fino alla pruova contraria, come appartenenti ai due proprietarj, e che per conseguenza colui che vuole acquistare la comunione del muro, è obbligato a pagare solo la metà del valore del muro, ma non quella del valore del terreno.

E 2. Che la disposizione dell' art. 661 § 582 debb' aver luogo anche quando il muro fosse stato comune in origine, se fu abbandonato da uno de' proprietarj, che si volle dispensare dal contribuire alle riparazioni. Poichè in seguito di quest' abbandono, il vicino è divenuto proprietario della totalità del muro, e per conseguenza, se l' altro vuol riacquistarne la comunione, sarà obbligato a ricomprare la metà di questa totalità, cioè la metà del terreno e la metà del muro.

Quid, se il muro che a diciotto pollici sarebbe di una doppiezza sufficiente per muro di chiusura, si trovasse averne ventiquattro o trentasei, quegli che vuol comprare la comunione, sarà forse obbligato a comprare la metà del muro come sta, o la metà di un muro di diciotto pollici? Io sono di quest' ultimo avviso. Non dee rimanere in libertà del vicino il peggiorare la di lui condizione, nè d' imporgli un obbligo più oneroso di quello di cui, com' è probabile, la legge ha voluto caricarlo. Ma se colui che ha comprato la comunione alla ragione di diciotto pollici, volesse in seguito applicar nel detto muro delle opere, e profittare con ciò dell' eccedente della grossezza, il vici-

661 che la metà del valore attuale (77) della parte di muro
582 ch'ei vuol render comune.

666 La presunzione della comunione del muro ha egual-
587 mente luogo per le siepi e fosse che dividono due fondi,
670 se non v'è titolo o segno in contrario.

591.

667 È un segno che la fossa non sia comune, quando
588 il getto della terra si trovi da una parte sola (78) della
668 medesima: la fossa è allora considerata di spettanza esclu-
589 siva di colui dalla cui parte esiste il getto della terra.

Quanto alla siepe, la presunzione che sia comune
cessa in due casi:

1. Se vi abbia possesso (79) sufficiente in contrario;

no potrebbe costringerlo a pagare la metà di questo eccedente, al-
meno nella proporzione della grossezza necessaria pe' lavori nuovi.

Notate, che qualora il muro è molto alto, e che il vicino non
voglia comprarne la comunione che sino ad una certa altezza, egli ne
ha il dritto. In questo caso si stima il valore della metà del terreno,
quindi il valore della metà del muro preso nell'altezza che vuol ren-
dere comune; e da queste due somme riunite si deduce il valore de'
pesi dovuti in ragione dell'innalzamento.

(77) Ciò che bisogna intenderè non del valore reale del muro, ma
del valore che dovrebbe avere nel suo stato attuale, e relativamente
all'uso al quale è destinato. Se dunque il muro avesse una grossezza
doppia di quella di un muro di chiusura ordinaria, e che il vicino
non acquistasse la comunione che per appoggiarvi delle spalliere, o
altre opere leggieri per le quali bastasse un semplice muro di chiusu-
ra, non sarebbe tenuto a pagare che la metà del valore di un muro
di chiusura. Parimenti, se il proprietario contiguo avesse fatto co-
struire delle fondamenta considerevoli, come, per uso di cantine, il
vicino che non volesse far cantine, non sarebbe tenuto a pagare che
la metà del valore di fondamenta ordinarie.

(78) *Quid* se la fossa è spianata, e che non vi sia getto della
terra da veruna parte? Vi è presunzione di comunione. Ma se in que-
sto caso un solo de' fondi è in istato di chiusura, dovrà conchiuder-
sene che la fossa appartenga esclusivamente al fondo chiuso, siccome
trovasi deciso per la siepe dall' art. 670 § 591? Io penso che la qui-
stione debb'essere decisa secondo le circostanze; e che in loro man-
canza ha da aver luogo la presunzione di non comunione, come per
la siepe.

(79) Perchè non è questione di possesso che solamente riguarda
alla siepe? Perchè le siepi recidendosi periodicamente, è molto più
facile di fondare il possesso, e soprattutto il possesso a titolo di pro-
prietario, come vien richiesto per la prescrizione. Il nettamento del-
le fosse, e le riparazioni anche passeggieri del muro, sole e senza
segnì di non comunione, non possono stabilire un possesso sufficiente,
poichè può credersi che il proprietario del fondo non abbia fatto tut-
to questo che per suo proprio comodo; in luogo che appropriandosi

276 LIB. II. *Della distinzione de' beni, della proprietà ec.*

2. Se non vi sia che un solo fondo in istato di essere cinto (80). 670
591

§. II.

Dell' effetto del dritto di comunione de' muri.

Faremo partitamente conoscere gli effetti di questo dritto riguardo ai muri alle fosse ed alle siepi.

Quanto ai muri questi effetti sono:

1. Che le riparazioni il mantenimento e la ricostruzione (81) dei medesimi sono a carico di tutti quelli che 655
576

i prodotti periodici della siepe, ha fatto realmente atto di proprietario; ma bisognerebbe, che questo possesso fosse durato trent'anni senza interruzione. (art. 2262 † 2168) (a).

(80) Per esempio, se uno de' due fondi è chiuso per intero, e che l'altro sia aperto da tutt'i lati, fuorchè da quello della siepe, questa si presume appartenere per intero al proprietario del fondo totalmente chiuso.

Del pari, se fra la siepe ed uno de' fondi vi sia una fossa, la siepe dee riputarsi appartenere a colui del quale essa tocca immediatamente il fondo, senza però che questo impedisca che la fossa possa riputarsi comune, se non vi sia titolo o segno in contrario.

(81) Osservate 1. che per esservi luogo a far contribuire i due proprietarj, bisogna che la necessità delle riparazioni, o ricostruzioni risulti dalla vetustà, o qualche caso fortuito; poichè se vi avesse dato luogo il fatto di uno de' proprietarj, non solo questi non potrebbe forzare l'altro a contribuire alle spese, ma bensì sarebbe tenuto ad indenizzarlo di tutt'i danni che le riparazioni potrebbero cagionargli.

E 2. qualora la spesa debba essere a carico de' due proprietarj, ciascuno dee soffrire ugualmente gl'inconvenienti risultanti dalle costruzioni, dal deposito de' materiali, ecc. Riguardo ai rimovimenti che ciò può cagionare, ciascuno dee soffrire quelli che lo concernono.

Ma qualora il muro appartiene ad un solo proprietario, egli dee allora prendere tutte le necessarie precauzioni acciò tutto il servizio della costruzione si faccia dalla sua parte. Anticamente esisteva su quest'oggetto in alcune provincie una servitù legale chiamata, *le tour de l'échelle*. Era questo un dritto accordato a colui il quale voleva far riparare un muro od un edificio contiguo senza intermedio al fondo vicino, di appoggiare le sue scale sul detto fondo, e di occupare mo-

(a) È pure da notarsi la differenza della redazione tra l'art. 670 † 591 che parla del possesso sufficiente per la non comunione delle siepi e quella dell'art. 653 † 574 che parla di un possesso atto a prescrivere per distruggere la presunzione della comunione di un muro. Possesso sufficiente chiamasi quello d'un anno. (V. TOULLIER l. cit. num 229.)

vi hanno dritto (82), ed in proporzione del dritto di ciascuno. Nondimeno qualunque compadrone può esimersi da quest' obbligo (83) rinunciando al dritto di comunione (84), purché il muro non sostenga un edificio di sua spettanza.

2. Che qualunque compadrone può fabbricare appoggiando ad un muro comune, ed immettervi travi e travicelli per tutta la sua grossezza, ad esclusione di cinquantaquattro millimetri (due pollici) di essa, senza pregiudizio del dritto che ha il vicino di far accorciare la trave fino alla metà del muro, nel caso in cui egli

mentaneamente lo spazio di terreno a ciò necessario, il quale era ordinariamente di tre piedi. Questa servitù non si è conservata dal Codice. In conseguenza non può più esistere che in virtù di un titolo; poichè non essendo nè continua nè apparente, non può acquistarsi con la prescrizione.

(82) E ciò tanto nelle città che nelle campagne, essendo, come dicemmo, quel che forma la differenza fra il dritto di chiusura e quello di comunione. Il primo non può esser messo in uso che nelle città e sobborghi; in luogo che dovunque esiste una chiusura comune, il dritto di comunione può essere esercitato; con questa differenza però, che nelle campagne non si può domandare la rifazione che del muro tal qual' è, anche al di sotto di otto piedi; laddove nelle città, ciascun proprietario può esser forzato a mantenerlo, ed anche ad innalzarlo, se il caso lo volesse, fino all' altezza di otto o dieci piedi, secondo la popolazione.

(83) Purchè le riparazioni o ricostruzioni siano originate da vetustà o forza maggiore; poichè se derivassero dal fatto di uno de' proprietari, l' abbandono della comunione ne lo discaricherebbe in avvenire, ma non per le riparazioni da farsi al presente. (Arg. tratto dalle leggi 64 e 65 ff. *de usufruc.*).

(84) Vale a dire, il dritto di proprietà che egli ha nel muro, e nel terreno sul quale esso è costruito. Ma qui bisogna ancora osservare una differenza fra le città e le campagne. In queste, dove non si è costretto a chiudersi, il vicino può abbandonare il muro e l' terreno in totalità, e dispensarsi così dal contribuire in menoma cosa alle spese del muro. Ma nelle città dove la chiusura è di obbligo, egli è chiaro che non può abbandonare il muro che dalla sommità, scendendo fino all' altezza di chiusura, vale a dire ad otto o dieci piedi dal suolo.

Quid, se dopo l' abbandono, in un luogo dove la chiusura non è forzosa, l' altro vicino non facesse le sue riparazioni, e lasciasse crollare il muro? Io credo che chi ha fatto l' abbandono, potrebbe domandare di rientrare nel possesso della sua porzione del terreno, e della metà de' materiali. L' abbandono non era cagionato che dal desiderio di esimersi da una spesa, che si presenta come forzata. Tosto che non ha luogo questa spesa, abbiamo il caso dell' azione della *condictio sine causa*.

278 LIB. II. *Della distinzione de' beni, della proprietà ec.*
vollesse collocarne un'altra nello stesso sito, od appog- 657
giarvi un camino (85); osservando però che quello dei 578
compadroni il quale vuol fare alcun incavo nel corpo
del muro comune, applicarvi od appoggiarvi alcuna nuova
opera (86), dee precedentemente ottenere il consenso
dell'altro proprietario, o in caso di rifiuto (87), far de-

(85) Riflettete che non si può sfondare un muro comune per situarvi un cammino, ma solamente appoggiarvelo, ed anche con un contromuro. (*Costum. di Parigi art. 189.*) L'osservanza di quest'articolo della costumanza vien prescritta dall'art. 674 § 595 del Codice.

Quid, se il vicino trovasi avere un camino appoggiato al sito cui l'altro vuol adattar la sua trave? In prima, egli è chiaro che la trave non può eccedere la metà della grossezza del muro; poichè se vi si trovasse già situata, si potrebbe ridurvela collo scarpello. In secondo luogo il proprietario del camino ha dovuto fare un contro-muro conforme agli usi locali (art. 674). E se non lo ha fatto, può esser astretto a demolire il camino.

In generale, sarà sempre più prudente, anche quando si è solo proprietario di un muro di chiusura, di non applicarvi che le opere le quali si potrebbero applicare contro di un muro comune, poichè può diventarlo forzatamente da un momento all'altro.

(86) Che possa degradare il muro. Altrimenti, se fossero delle pitture, de' leggieri pergolati, o altre cose simili.

(87) Siccome non si tratta che di opere da applicarsi contro il muro, o di semplici sfondati da farvisi, non si esige affatto il volontario consenso del vicino. Lo stesso poi non sarebbe, se si trattasse di forare interamente il muro, per aprirvi delle finestre. (art. 675 § 596) (a).

Osservate che uno de' vicini non può, anche a sue spese, demolire e ricostruire il muro comune senz'aver fatto precedentemente comprovare dai periti la necessità della demolizione. Questa operazione cagiona generalmente molta molestia, e forse anche danno all'altro vicino. Uno de' proprietarj non può costringere l'altro a sopportarlo senza un legittimo motivo.

(a) È giusta la distinzione che qui fa il nostro Autore; ma il decano di Rennes sostiene di non potersi fare neppure questi piccoli e semplici incavi, nè appoggiarvi qualunque opera senza il consenso del vicino, o, costui rifiutandosi, senz'averlo fatto regolare dai periti. Egli si fonda sul disposto dell'art. 662 § 583. Ma convien riflettere che l'art. 657 § 578 accorda ad ogni compadrone il poter fabbricare appoggiando ad un muro comune, ed immettervi travi e travicelli senza richieder questo consenso; onde concludere che l'art. 662 non riguarda questa facoltà, ma gl'incavi nel corpo del muro, o alcuna nuova opera che possa riuscire pregiudizievole al vicino. Il fabbricare appoggiando al muro comune non è una nuova opera dubbia, e su cui bisogni la perizia, giacchè non vi può esser danno ai dritti dell'altro.

66a terminare dai periti (88) i mezzi necessarj onde l'opera
583 non riesca di danno alle ragioni di quello. Vi sono anche alcune costruzioni le quali non possono esser fatte che ad una distanza prescritta (89) e con tutte le precauzioni richieste dagli usi e regolamenti locali (90), sia o

L' articolo 203 della costumanza di Parigi obbligava gli appaltatori delle fabbriche in loro proprio nome, e sotto pena di tutte le spese danni ed interessi, ad eseguire le necessarie citazioni a coloro che avevano interesse sul muro comune, prima di farvi alcun lavoro. Io credo che questa disposizione, la quale avrebbe meritata d'esser conservata in tutta la sua estensione, come tendente a prevenire le liti, potrebbe anche oggi ottenere la sua applicazione, nel caso delle opere enunciate nell' art. 674, il quale se ne riporta espressamente agli usi locali.

(88) Convenuti, o nominati d' ufficio, ove l' altro vicino ricusi di concorrere alla nomina. Ma riflettete che in questo caso tutte le spese di perizia ed altre, fuorchè quelle di contumacia, sono a carico di colui che vuol fare le opere. Egli dee parimenti indennizzare l' altro vicino di tutto il danno che le opere possono cagionargli; come, s' egli sia stato obbligato a togliere de' pergolati, se sian rotti degli alberi, ecc. Bene inteso però, che le opere siano per solo utile di colui che le ha fatte eseguire; poichè se si trattasse di una riparazione necessaria, non vi sarebbe luogo ad indennità alcuna, ed all' opposto tutte le spese si farebbero in comune.

Quid, se nel caso in cui le opere essendosi fatte unicamente per utile di colui che le fa eseguire, abbiano cagionato la privazione momentanea per l' altro vicino di uno stabilimento lucrativo, come un bigliardo, un giuoco di pallone? DESCODERS sull' art. 196 della costumanza di Parigi, pensa che non si debba alcuna indennità, e che il vicino sia solamente obbligato a ristabilire i luoghi nello stesso stato. GOURP commentando DESCODERS è di contrario avviso. Io volentieri sarei di accordo con GOURP. In questo caso il proprietario del bigliardo *certat de damno vitando*. L' altro al contrario *certat de lucro captando*, e forse anche *de voluptate captanda*, poichè si suppone che le opere non siano necessarie. Or egli è un principio, che in tali casi ed altri simili, si dee sempre preferire colui che *certat de damno vitando*. Non sarebbe lo stesso ove il giuoco del pallone o del bigliardo non fosse che per divertimento del proprietario; non si potrebbe allora applicare la stessa ragione. I partegiani dell' opinione di DESCODERS han voluto applicare a questo caso l' art. 1724 § 1570; ma egli è evidente che non si può dedurre alcun argomento da questo articolo, nel quale si tratta di riparazioni indispensabili ed urgenti. Non vi è dunque paragone fra i due casi.

(89) Ed in questo caso, lo spazio che rimane voto, dev' esser preso sul terreno di colui che fa fare le costruzioni. (V. DESCODERS sull' art. 190 e seguenti della costumanza di Parigi, e GOURP nel commento a questo autore).

(90) Per Parigi, osservate gli articoli 188 e seguenti della costumanza. Intanto sembra che siasi ognora deciso che malgrado che fossero stati fatti i contro-muri ecc., richiesti dalle usanze locali,

no comune (91) il muro presso il quale siffatte costruzioni si eseguono; tali sono i pozzi (92) le latrine (93) i comuni, i focolari, le fucine, i forni, i fornelli, e le stalle. La stessa disposizione si applica ai magazzini di sale, ed a qualunque ammasso di materie corrosive (94);

3. Che ogni compadrono ha parimenti il diritto di far innalzare il muro (95), pagando egli solo la spesa

i proprietari delle fosse, ecc., non sarebbero meno tenuti d'indennizzare il vicino di tutto il danno, che la filtrazione potesse cagionare al muro comune. (Osservate i medesimi autori sull' articolo 191 della stessa costumanza). Si presume allora che il contromuro non sia stato fatto con bastante precauzione. Su questo principio fu giudicato dalla corte di Metz il 10 novembre 1808 e 16 agosto 1830, che quand' anche sembri essere state prese tutte le precauzioni, i vicini sono ancora ammessi a portar querele per l'incomodo che possono loro cagionare le fatte costruzioni. (SIREY, 1821, 2. par. p. 154).

Le parti potrebbero derogare a via di convenzioni particolari, alle disposizioni dell' art. 674 † 595? Io penso che bisogna distinguere: di queste disposizioni, alcune sono evidentemente prescritte dall' interesse pubblico, come quelle relative ai cammini, focolari, ec. il di cui fine è di prevenire gl' incendi, e quelle riguardanti le latrine, che hanno per oggetto d' impedire l' infiltrazione, e con ciò l' infezione delle sorgenti. Egli è chiaro che le private convenzioni non possono derogare a questa specie di disposizioni. Ma riguardo alle altre, che sono stabilite soltanto per privato interesse, come quelle relative alle immondezze, ai letamai, non vi è dubbio che non possa esservi derogato dalle convenzioni particolari.

(91) Per queste parole, o no, dees' intendere il muro appartenente in intero a colui che vuol costruire, o pure quello che appartiene per intero all' altro vicino? Queste parole debbono prendersi nel primo senso; io lo deduco dal che l' articolo suppone che vi si voglia addossare un cammino, una stalla, ecc. Or queste sorte di opere non si possono applicare anche coi contro-muri in faccia al muro appartenente per intero al vicino. D' altronde, questa disposizione è anche nell' interesse di colui al quale il muro appartiene in totalità, poichè gli fa evitare il dispiacere di esser obbligato a demolire le sue costruzioni per farvi le opere prescritte, nel caso in cui venisse il vicino in seguito ad acquistare la comunione.

(92) O condotti di acqua.

(93) Vedete per la costruzione delle latrine della città di Parigi, il decreto del 10 marzo 1809, *bull. n. 4190*.

(94) Come la soda, il pesce salato, ecc. Si dica lo stesso del letame, delle immondezze gettate o raccolte ecc.

(95) Potrebbe egli farlo innalzare sino a togliere interamente la luce alla casa vicina? Sembrerebbe difficile d' impedirlo. Però, se non vi esiste un motivo visibile di utile per lui, forse in virtù della massima, *malitias non est indulgendum*, i giudici potrebbero fissare l' altezza dell' innalzamento. Ma per poco che vi esista un motivo qua-

dell'innalzamento, l'indennità pel maggior peso (96) in proporzione del detto alzamento, ed incaricandosi di tutte le riparazioni e del mantenimento della parte alzata (97); e se la parte comune quantunque abbastanza buona per chiusura non è atta a sostenere l'alzamento, per mancanza di doppiezza o di solidità, egli è tenuto a farla ricostruire a sue spese (98), ed a prendere nel proprio suolo l'eccedente della grossezza (99). In tutt'i

lunque, non fosse che quello d'impedir la semplice vista nella propria casa, io non veggio ragione da poterglisi impedire l'innalzamento. Il vicino ha dovuto, come abbiamo detto, prevedere questo caso, e disporre i suoi edifizj in conseguenza. (GOUÏR su DASCONEZ art. 195).

Quid, se il vicino in luogo di far innalzare il muro, vuol dargli più profondità sotterra, se ne abbia bisogno, come, per costruir delle cantine? Egli ne ha tutto il dritto, prendendo però le necessarie precauzioni per sostenere il muro durante i lavori in modo a non farne risultare alcun danno pel vicino.

(96) Questa indennità è fondata sulla ragione che un muro, sul quale si fa sopportare un innalzamento qualunque, dura minor tempo, ed ha bisogno di riparazione e rifazione più spesso di quello cui nulla è sovrapposto. Il proprietario vicino, che conserva il suo dritto di comunione sull'antico muro, e che per conseguenza è obbligato di contribuire alla sua riparazione e ricostruzione, dee dunque essere indennizzato di ciò che importerebbero queste più frequenti riparazioni, a' termini dell'art. 197 della costumanza di Parigi quest'indennità, nei paesi regolati da tal costumanza, ascende al sesto della parte innalzata. Se, per esempio, un muro divisorio viene innalzato a trenta-sei piedi, l'indennità sarà di trentasei piedi di muro considerato in tutta la lunghezza dell'innalzamento. Osservate che il pagamento di quest'indennità dev'essere rinnovato tutte le volte che vien rifatta la parte comune del muro.

Si decise a Parigi il 4 maggio 1813 che colui che fa innalzare un muro comune, è tenuto egualmente a far innalzare a sue spese i cammini del vicino applicati al detto muro. (SIREY, 1814, 2. par. p. 88.) Questa sentenza è fondata sulla ragione. Poichè quando un cammino è meno alto del muro cui viene applicato, ne risulta un ringorgamento del fumo, che ne rende l'uso estremamente incomodo. Spetta dunque a chi alza il muro il rimediare a quest'inconveniente.

(97) Ciò è ben semplice, poichè quella gli appartiene in totalità e che l'altro non vi ha alcun dritto, come lo vedremo di qui a poco.

(98) Ciò che comprende le spese del rimovimento e della ricollocazione di tutto ciò ch'era appoggiato contro del muro dalla parte del vicino, ma non già le spese degli ornati, pitture od altro, che il vicino avrebbe potuto farvi applicare. (L. 13. §. 1, ff. de servit. praed. urban.)

(99) Tutte le volte che il vicino il quale vuole innalzare, sia stato costretto a far riedificare a sue spese la parte comune, è chiaro

casi la parte alzata appartiene a colui che ne ha fatto la spesa; ma il vicino in tutt' i tempi può renderla comune (100), pagando la metà dalla spesa totale (101) ed il valore della metà del suolo occupato per la maggior grossezza. 660 58,

4. Che nessuno dei compadroni può senza il consenso (102) del vicino aprire nel muro comune alcun lume nè praticarvi finestre o aperture in qualsisia maniera. 675 596

Il solo effetto della comunione della fossa si è che debba essere mantenuta a spese comuni (103). 669 590

ch' egli non debba veruna indennità per l' eccedente; ma bensì l' antico muro, benchè ricostruito da lui per intero, resta sempre comune, ed è tenuto ad indennizzare il vicino de' danni, che han potuto cagionargli la demolizione e la ricostruzione della parte comune.

Egli può fare ancora consolidare l' antico muro solamente, se ciò sia sufficiente, prendendo l' eccedente della grossezza dalla sua parte, e non pagherà i pesi, che dedotto ciò che gli sarà costato per quest' oggetto. Ma altresì quando sarà necessario di far riparare la parte comune, il vicino non sarà tenuto a contribuirvi, che in proporzione dell' antica grossezza del muro.

Quid, se dopo che il vicino abbia fatto ricostruire, o rinforzare il muro di modo che vi si possa appoggiare un edificio, l' altro vicino voglia ugualmente fabbricare dalla sua parte? Egli dee indennizzarlo il primo in ragione del valore attuale del muro.

(100) In tutto o in parte, osservando che acquistandola in parte solamente, non dee contribuire alle spese che in proporzione della parte che vuole acquistare.

(101) Questo non vuol dire che se, per esempio, trent' anni dopo dell' innalzamento, il vicino vuole acquistare la comunione, debb' esser obbligato a pagare la metà dell' intera somma che realmente è stata spesa in principio. Ciò non sarebbe giusto; poichè un muro in capo a trent' anni non vale quel che valeva trent' anni prima. Ma ciò significa che per istabilire ciò che dee pagare il vicino, bisogna far entrare nel conto tutte le spese che ha dovuto pagare colui che ha fatto l' innalzamento, come le spese di costruzione, l' indennità pel peso, le spese della ricostruzione della parte comune, se fosse stata rifabbricata ecc.; ed allorchè la metà della spesa sia stata in questo modo calcolata, dimpirla in ragione dell' antichità della costruzione.

(102) Qui bisogna il consenso, poichè si tratta di forare i muri da una parte all' altra, e di praticarvi delle aperture. Quando poi non si tratta che d' incavo e d' appoggio di opere, noi abbiamo veduto non esser necessario questo consenso, e che bastava solo un regolamento.

(103) Salvo al vicino di discaricarsi di questa spesa, abbandonando la comunione; purchè però il fossato non sia di quelli che si praticano per lo scolo delle acque pe' rispettivi fondi; poichè allora non vi può esser luogo all' abbandono. Va questo caso come quello del pro-

*image
not
available*

284 LIB. II. *Della distinzione de' beni, della proprietà ec.*

alberi e siepi vive (a). Il vicino può in conseguenza esigere che qualunque piantagione fatta ad una distanza minore sia estirpata (108): ei può egualmente esigere anche per quelle fatte alla distanza richiesta che i rami sieno tagliati ove s'inoltrino sul di lui fondo (109); se poi s'inoltrino le radici, può egli stesso tagliarle (110).

672
593

(108) Io penso che farebbe d'uopo eccettuarne il caso in cui le piantagioni esistessero da trent'anni sempre nello stesso stato, soprattutto se fossero di alto fusto. A me sembra esser questa una servitù continua apparente, la quale a termini dell'art. 690 § 611 può acquistarsi col possesso di trent'anni.

(109) Presso i Romani si distingueva: Se l'albero sporgeva su di una casa, doveva esser tagliato dalla radice; se sopra un campo, se ne dovevan troncare tutt'i rami, da terra sino all'altezza di quindici piedi. (L. 1. §. 9. ff. de arbor. caedend.). Presso di noi non vi è distinzione; quando l'albero è ad una richiesta distanza, il vicino non può domandare che il troncamento de' rami.

Quid a riguardo de' frutti pendenti da' rami che s'inoltrano e sporgono sul fondo del vicino? Essi appartengono sempre al proprietario dell'albero. Il vicino ha dritto a richiedere solo che sien tagliati; se non l'ha richiesto, non può appropriarsi i frutti. Ma io non mi uniformo al parere di alcuni autori, i quali stimano che se il fondo vicino è chiuso, il proprietario dell'albero abbia il dritto di entrarvi per cogliervi i suoi frutti. Egli coglierà quelli che potrà dalla sua parte, il resto sarà perduto per lui, salvo la buona volontà del vicino.

Notate però che il vicino il quale ha dritto di domandare il troncamento de' rami, non può fare questa domanda che a tempo opportuno; specialmente se siano alberi fruttiferi, vale a dire al momento del taglio, potendo il troncamento de' rami in altra epoca cagionare un gran pregiudizio all'albero.

(110) Questa differenza perchè? Prima, perchè gli è molto più facile di tagliar le radici senza uscire dal proprio terreno, che di troncicar i rami; ed in secondo luogo perchè la maniera di tagliar le radici è molto indifferente per la vita dell'albero, in luogo che il troncamento de' rami può farsi di un modo più o meno nocivo. La corte di cassazione ha anche deciso il 15 febbrajo 1811, forse alquanto rigorosamente, che il proprietario il quale si permette di troncicar egli stesso i rami degli alberi che s'inoltrano sul suo terreno, commette un delitto punibile correzionalmente. (*Giurispr. del cod. civ.* XVIII. pag. 395).

Riguardo agli alberi piantati sulle strade, bisogna distinguere. Se la strada appartenga ad un particolare, non vi ha dubbio che gli alberi ivi piantati gli appartengano egualmente. (Legge del 15 agosto 1790, art. 8).

Gli alberi esistenti sulle strade pubbliche, diverse dalle grandi

(a) *V. nelle Osservazioni seguenti la diversità nella nostra legislazione.*

SEZIONE V.

Del dritto di prospetto.

La servitù legale (111) chiamata *dritto di prospetto* è quella in virtù della quale colui ch'è solo proprietario (112) di un muro, anche immediatamente contiguo al fondo di un altro (113), può praticarvi spiragli o fi-

strade, ed in quelle delle città, de' borghi e villaggi si reputano appartenere ai proprietarj confinanti, ammeno che i comuni non giustificassero con titolo o col possesso di averne acquistata la proprietà. (Legge del 28 agosto 1792, art. 14).

Gli alberi esistenti nelle piazze delle città, borghi e villaggi, o nelle paludi, ne' prati, ed altri beni appartenenti a' comuni, vengono riputati loro appartenere salvo i dritti che i particolari possono aver acquistato su detti alberi per via di titoli o per possesso (*ibid.* art. 15).

Finalmente quelli piantati sulle grandi strade appartengono insieme co' prodotti ai proprietarj de' fondi confinanti, i quali non possono per altro nè tagliarli, nè abatterli o estirparli senza l'autorizzazione dell'amministrazione, che presiede al mantenimento delle strade ed alla surrogazione degli alberi. (Legge del 29 ventoso anno 13 art. 3).

Osservate che a' termini degli articoli 1 e 4 della detta legge, i proprietarii confinanti sono obbligati a piantare gli alberi sulle grandi strade che ancor non ne avessero; altrimenti l'amministrazione è autorizzata a far eseguire le piantagioni a loro spese; ed essi sarebbero proprietarii degli alberi e de' loro prodotti, come se gli avessero piantati egliino stessi.

(111) Il dritto di prospetto può risultare da una convenzione, ed allora l'estensione vien regolata secondo i patti stipulati.

(112) Ciò non vuol dire che bisogna essere proprietario del muro in tutta la sua altezza, ma che bisogna essere assoluto proprietario della parte nella quale si vogliono praticare le aperture. Intanto si è deciso il contrario dalla corte di Douai il 17 febbrajo 1810 (*Sirey*, 1813, 2. par. pag. 29). Ma io non ho ritrovato ne' motivi di questa decisione nulla che potesse determinarmi a rinunciare all'opinione da me abbracciata, e ch'è unisona all'antica giurisprudenza; come si può giudicare dalle sentenze riferite da Descobets sull'art. 200 della costumanza di Parigi. Ed in fatti se il muro fosse rimasto qual era prima dell'innalzamento, ciascun vicino non avea forse tutta la luce che rimaneva dalla sommità del muro in su? Allorchè dunque uno di essi fa costruire l'alzata, e che vi lascia le necessarie aperture, non è ch'egli acquista un nuovo dritto, ma conserva l'antico, ed anche meno esteso di quello di prima.

(113) Io vi ho aggiunto questa voce *anche*, poichè sarebbe lo stesso ancorchè non si congiungesse immediatamente, qualora non vi fosse la distanza prescritta dagli art. 678 e 679 § 599 e 600.

286 LIB. II. *Della distinzione de' beni, della proprietà ec.*
nestre (114) sotto le condizioni seguenti :

1. Che queste aperture sieno munite di cancelli di ferro le di cui maglie abbiano un decimetro (circa tre pollici ed otto linee) di apertura al più, e di un telajo con invetriata fissa (115); 676 597

2. Che questi spiragli sieno stabiliti a ventisei decimetri (otto piedi) al di sopra del pavimento della camera che si vuole illuminare (116) se questa è a pian terreno, e di dieciannove decimetri (sei piedi) se questa è nei piani superiori (117). 677 598

Si può riferire a siffatta specie di servitù il dritto che ha qualunque proprietario d'impedire al vicino di

(114) Notate che ciò non può recar pregiudizio al dritto che il vicino ha sempre per acquistare la comunione del muro; e se lo fa ha il dritto di farle chiudere. Osservate qui sopra la nota 75 pag. 273, e la decisione della corte di Angers del 20 agosto 1818, in SIAZY, 1819, 2. par. p. 277.

(115) Vale a dire con un telajo che non possa aprirsi. Queste precauzioni sono richieste onde non possa gettarsi veruna cosa nel fondo vicino.

(116) Si credeva anticamente che quando i terreni erano ineguali, l' altezza si doveva misurar dal terreno più elevato. Il nostro articolo prescrive, come si vede una, regola diversa (a).

Quid, se il luogo che si vuol illuminare sia una scalinata? Bisogna che ne segna la direzione lo spiraglio che si vuol praticare

(117) È stato ciò stabilito onde non si potesse vedere a traverso delle invetriate nel fondo vicino. Non si richiede però che lo spiraglio sia parimenti elevato ne' piani superiori, poichè le soffitte sono ordinariamente meno alte.

Notate che il Codice non contiene alcuna disposizione sull' ampiezza de' vani. La costumanza di Parigi non ne parlava neppure. Dee conchiudersene che possono farsi di qualunque dimensione, purchè siano all' altezza stabilita (b).

(a) Ma gli otto piedi di altezza nei pian terreni debbono, dice ragionevolmente TOULLIER num. 526, trovarsi egualmente dal lato dell' altro vicino. Supponiamo, per esempio, che il pian terreno d' una casa si trovi sei piedi al di sotto di quello del fondo vicino, il proprietario di questo fondo non potrebbe aprire le finestre con invetriate fisse all' altezza di otto piedi, poichè allora esse non verrebbero alte che due piedi al di sopra del suolo del vicino che potrebbe esser veduto in sua casa: ed allora non vi sarebbe quella sicurezza del vicino che la legge ha avuto in mira.

(b) V. nelle seguenti Osservazioni quanto si è tra noi stabilito ne' corrispondenti articoli.

aver vedute dirette (118) ovvero oblique (119) sopra il suo fondo chiuso o non chiuso (120), se non vi è la distanza prescritta dalla legge (121).

(118) La veduta diretta, o finestra di prospetto è quella che riguarda dirimpetto il fondo vicino, o pure che vien praticata in un muro parallelo alla linea di separazione de' due fondi.

(119) La veduta obliqua, o laterale è quella che vien praticata in un muro che fa angolo colla linea di separazione.

(120) Si pretendeva anticamente, che quando il fondo contiguo non era chiuso, si potevano avere delle vedute dirette in un muro proprio confinante al detto fondo. Miglior consiglio è stato non farvi alcuna distiazione. Il vicino può aver la volontà di chiudersi, e comprare in conseguenza la comunione del muro; che diverrebbero allora le vedute?

Ma *quid*, se vi sia framezzo un muro più alto delle vedute? Io son d'avviso che bisogna distinguere: se il muro è di colui al quale appartengono le vedute, il vicino non ha che opporre, poichè le vedute non guardano nel suo fondo. Ma se il muro venga ad essere demolito, il vicino può domandare la chiusura delle vedute che non si trovassero nella distanza prescritta, senza che neppure si possa opporgli la prescrizione per tutto il tempo che ha esistito il muro; egli non poteva agire; *et contra non valentem agere non currit praescriptio*. Ma se il muro appartenga all'altro vicino, io trovo ch'egli potrebbe anche prima della sua demolizione domandare la chiusura delle vedute; 1. perchè il muro facendo parte del suo fondo, le vedute guardano in esso; 2. ed in conseguenza di questo primo motivo, perchè gli si potrebbe opporre la prescrizione, se le vedute esistessero per tanto tempo quanto ne bisogna per prescriverle.

Quid, se il muro fosse comune? Siccome si può supporre, che ciascuno de' due vicini è proprietario della porzione di terreno e di muro ch'è dalla sua parte, io penso che bisogna assimilar questo caso a quello in cui il muro appartiene per intero al proprietario delle vedute.

(121) DESGODETS crede che questa disposizione non dee aver luogo che quando i due fondi sono contigui, ma che se siano separati da un cammino pubblico, quand'anche questo non avesse la larghezza di sei piedi, si possono prendere le vedute dirette, poichè allora, egli dice, la veduta guarda sulla strada e non sul fondo contiguo. Questa ragione non è molto concludente; poichè quando i due fondi si toccano e che io vi pratichi una veduta diretta, per esempio, a quattro piedi indietro della linea di divisione, io posso dire di prendere la veduta sul mio proprio terreno, e non sul fondo del vicino; ed intanto io non ho dritto di prenderla. Io credo valer meglio il dire che questa suggezione non dee aver luogo che tra vicini, cioè tra persone i di cui fondi si toccano. Ma qui ciascuno de' due proprietari è vicino alla strada pubblica e non all'altro proprietario.

Non pertanto si è deciso il contrario in Nanci il 25 novembre 1816 (SIREY, 1817, 2. par. p. 115). Ma io non ritrovo in questa decisione un sufficiente motivo per cambiar di parere (a).

(a) Non è il solo DESGODETS di tal sentimento, ma benanche i

Questa distanza è, per le vedute dirette, di diecianove decimetri (sei piedi) dalla faccia esteriore del muro ove la veduta è praticata sino alla linea di separazione dei due fondi (122). Se vi sono balconi o altri *ivi*

(122) Se i due fondi siano separati da un muro comune, la distanza si misura dalla linea esteriore del muro in cui si fa l'apertura, fino a quella che forma il mezzo della grossezza del muro comune. Se il muro appartiene per intero a colui che pratica una veduta, la distanza si calcola fino alla linea esteriore del muro dalla parte del vicino: se appartiene per intero all'altro proprietario, la distanza si prende fino alla linea del muro dalla parte di colui che vi pratica la veduta.

Quid nel caso seguente? Il muro che supponiamo di diciotto pollici di doppiezza appartiene per intero a colui che pratica la veduta. Siccome trattasi di una veduta diretta, essa è in conseguenza praticata a sei piedi dalla linea esteriore del muro dalla parte del vicino. Questi compra la comunione del muro, la linea di separazione si ritrova allora ravvicinata di nove pollici dalla parte di colui che ha praticato la veduta. Dunque la veduta ch'era a sei piedi non rimane che a cinque e tre pollici da questa linea di separazione. Il vicino potrebbe esigere che la veduta sia chiusa? Io nol credo. È questo il caso di applicare il principio del dritto naturale, cioè che dobbiamo fare il bene del prossimo, anche quando ne risulta per noi un pregiudizio, purchè fosse infinitamente modico in paragone del danno che il prossimo ne risentirebbe; or non è al certo gran fatto importante pel proprietario sul quale la veduta riguarda, che una veduta sia più o meno lontana di nove pollici; e sarebbe molto pregiudizievole per l'altro ove se gli facessero chiudere le finestre, senza le quali il suo edificio si renderebbe forse inabitabile. Io penso dunque che le cose dovrebbero interinamente rimanere nello stesso stato; ma venendo a distruggersi l'edificio, il vicino potrà esigere che le vedute siano allontanate.

Secondo questa opinione, sarà necessario farsi un atto per com-

comentatori delle consuetudini di Parigi all'art. 202, donde fu presa la disposizione dell'art. 678 § 599 del Codice, il Signor BAURION, delle servitù, cap. XI. sez. 2. num. 9, e l'Repertorio di giurisprudenza alla voce vue, pag. 519, che sono stati seguiti dal TOULLIER l. c. num. 528. „ Questa proibizione, egli scrive, cesserebbe se tra due fondi esistesse una strada o cammino meno largo de' sei piedi richiesti dal Codice, poichè è permesso di aprir delle finestre su d'un pubblico cammino. „ Il Sig. PARDESSUS ch'è dell'opinione contraria aggiunge la ragione che se la legge esige che il proprietario dello spazio intermedio non abbia vedute dirette se non quando questo spazio sia di sei piedi, per qual più possente motivo questa distanza dovrebbe essere minore quando lo spazio è pubblico? Al che risponde TOULLIER (loc. cit. nella nota 2) che la sicurezza pubblica, e l'ornamento delle città esigono che si aprano sulle strade e sui cammini delle finestre, che avvertano coloro che passano ch'essi sono sotto l'occhio del pubblico, piuttosto che d'innalzarvi de' muri ciechi che tolgano la vista di ciò che ivi si faccia.

680 simili sporti, la distanza si computa dalla loro linea
601 esteriore sino a quella di separazione.

La distanza per le vedute laterali ovvero oblique è di sei decimetri (due piedi) misurati nella stessa maniera (123).

C A P I T O L O III.

DELLE SERVITÙ STABILITE PER FATTO DELL' UOMO.

È permesso in generale al proprietario di stabilire sopra i suoi fondi (124) od a beneficio di es-

provare ciò ch'è occorso ; poichè altrimenti il dritto di veduta essendo una servitù continua ed apparente, il vicino al quale appartiene l' edificio che ha le vedute , potrebbe dopo trent'anni pretendere di avervi acquistata la servitù colla prescrizione.

(123) Ma d'onde si comincerà per misurare la distanza ? A me sembra che debba essere dal pilastro della finestra il più vicino al fondo contiguo. Desobers anche crede , che se il balcone sia abbastanza sporgente perchè le persone possano starvi interamente al di fuori de' vetri , allora quand' anche i due muri fossero ad angolo retto , pure il lato del balcone che è situato dirimpetto al fondo contiguo , deve considerarsi come veduta diretta sul detto fondo , e per conseguenza non può essere che alla distanza di sei piedi.

(124) Presso i Romani , la stipulazione di una servitù non era sufficiente per dare allo stipulante il *jus in re* sul fondo sottoposto , nè in conseguenza per dargli il dritto di esercitare la sua azione contra ogni possessore : bisognava ancor ciò ch'essi chiamavano la *quasi tradizione*, vale a dire l'uso da parte dello stipulante , e la *pazienza* per parte di colui che aveva promesso : *usus ex parte domini praedii dominantis, et patientia ex parte domini praedii servientis*. Sarebbe egli lo stesso oggidì che la tradizione non è più necessaria per trasferire le proprietà ? Io nol credo. Il principio del Codice è generale , e non ammette che un' eccezione , quella stabilita nell' art. 1141 § 1095 riguardo alle cose mobiliari. D' altronde , anche presso i Romani vi erano delle servitù per le quali essi riconoscevano non potersi avere la quasi tradizione ; ed erano le servitù negative riguardo alle quali il *jus in re* si acquistava col solo consenso. Or perchè non si applicherebbe lo stesso principio a tutt' i generi di servitù ?

Osservate che si può concedere una servitù su di un fondo di cui non si è ancor proprietario. Solamente lo stipulante non acquisterà il *jus in re* che dal momento in cui il cedente avrà acquistato il fondo sul quale la servitù vien accordata. Fin qui non vi ha che un puro dritto personale il quale non può dar luogo che ai danni ed interessi.

Il comproprietario può egli acconsentire ad una servitù sul fondo comune a vantaggio di un terzo ? Egli nol può nel senso che il suo consenso sia sufficiente a dare il *jus in re* allo stipulante. Ma la con-

venzione avrà per effetto che se gli altri comproprietarj vi consentano, lo stabilimento della servitù diverrà valido. Sarà lo stesso se per effetto di una licitazione, colui che ha acconsentito alla servitù diventa il solo proprietario del fondo sottopostoyi. Se il comproprietario avesse concesso la servitù sulla sua porzione solamente, lo stipulante avrebbe dritto di provocare la divisione per far determinare questa parte; e se per effetto della divisione e della circostanza che il fondo non potrebbe essere comodamente diviso, fosse aggiudicato per intero ad un altro comproprietario, la servitù svanirebbe, salvo l'azione per ripetere quello che fosse stato pagato; come parimenti, se spettasse per intero a colui che ha acconsentito alla servitù, essa potrà esercitarsi sulla totalità del fondo; poichè la sua porzione si trova essere allora la stessa totalità.

(125) E non già sulla persona, o in favore della persona; ciò che bisogna intendere in questo senso, cioè che non si può stipulare, per esempio, che il proprietario di tal fondo sarà tenuto di rendere tal servizio personale al proprietario di tal altro fondo; d'altronde questo sarebbe contrario alla natura della servitù; *non ea est natura servitutum, ut quis agat, sed ut patiatur*. Ma siccome l'abbiamo già fatto osservare, io posso stipulare per avere durante la mia vita il dritto di passare su tal terreno. È questa una specie di dritto di uso (a). Del resto egli è così essenziale alla servitù d'esser inerente al fondo per l'uso del quale essa vien accordata, che la legge 19, §. 1, ff. *quemadmodum, servit. committ.* decide, che se un testatore ha legato ad uno de' suoi amici un dritto di passaggio, e dopo la morte del testatore, quest'amico ignorando il legato, abbia venduto il fondo per l'uso del quale il passaggio era stato legato, il dritto della servitù passa al compratore, talchè il legatario non può più ripudiare il legato in pregiudizio del detto compratore.

È egli necessario di essere proprietario di un fondo per potere stipulare una servitù in favore di questo istesso fondo? Prima di tutto non è necessario ch'egli ne sia il solo proprietario. Un comproprietario in questo caso può assimilarsi ad un socio, il quale non ha bisogno del consenso dei consoci per migliorare il fondo comune. Ma io credo inoltre che una servitù può essere stipulata da ogni sorta di persone con la distinzione seguente: se colui che ha stipulato, rap-

(a) *Ma se io avessi stipulato questo passaggio per me e per i miei eredi il padrone del fondo serviente potrebbe liberarsene? Se ciò è una servitù nol potrebbe, ma TOULLIER, l. c. num. 587, crede che si debba riguardare come un peso del fondo, e che si possa redimere mediante una somma di danaro come si può redimere una rendita, poichè, dic'egli, tutti i pesi imposti ai fondi, all'insuori delle servitù sono essenzialmente redimibili. Ma è egli ciò giusto? e la legge che permette la convenzione non dee forse pretenderne l'adempimento? Non è poi generalmente vero che tutti tutti i pesi di qualunque natura imposti ai fondi siano redimibili essenzialmente, fuor che le servitù. V. nelle Note critiche del signor Spinnuel a questo numero del Toullier.*

686 ne (126), purchè non richiamino in vigore l'antica feu-
607 dattà (127), e che non sieno in alcun modo contrarie
all'ordine pubblico.

Ciò posto vedremo: 1. Come si dividono le servitù stabilite dal fatto dell'uomo; 2. Come le medesime si stabiliscono; 3. Quali sono i diritti e le obbligazioni risultanti dal loro stabilimento; 4. Come in fine si estinguono.

SEZIONE PRIMA.

Delle diverse maniere di servitù che possono stabilirsi per opera dell'uomo.

Le servitù stabilite dall'uomo sono affermative o negative, continue o discontinue, apparenti o non apparenti (128).

presenta sotto alcuni rapporti il proprietario del fondo, come il tutore riguardo al suo pupillo, il marito riguardo a sua moglie, non vi ha alcun dubbio che la stipula sia interamente valida. Negli altri casi, come si disse nell'art. 1121 § 1075, essa sarà valida tutte le volte che forma la condizione di una stipula che lo stipulante ha fatta nel suo proprio interesse, oppure di una donazione fatta a colui che accordò la servitù: ed in questo caso la stipula della servitù diverrà irrevocabile dal momento che il proprietario del fondo in favore del quale essa venne stipulata, avrà dichiarato volerne profittare. Fin qui essa potrà revocarsi con la sola volontà delle parti. Sarà ancor valida, ove lo stipulante sia vero garante del proprietario del fondo, e che questi abbia ratificata la convenzione.

Se questa convenzione sia stata stipulata dal possessore del fondo, io penso che la stipula debba essere di profitto al proprietario se l'ha ratificata, sia stato o no il possessore di buona fede. Finalmente, se siasi stipulata da un proprietario, ma di cui il dritto è revocabile, io penso che avvenendo il caso della revoca, la servitù non sarà meno irrevocabile riguardo al debitore, e salvo il dritto che ha colui al quale la proprietà ritorna, di domandarne la revoca, trovando che le condizioni sotto le quali venne accordata, fossero troppo onerose al fondo dominante.

(126) Si vede da tutto ciò che il numero può esserne infinito, e che è impossibile il noverarle. Possono osservarsene parecchie enunciate negl' *Istituti*, tit. *de servitutibus*.

(127) In tal guisa non si potrebbe stipulare che il proprietario del fondo A sarà obbligato di andare a macinare a tal molino situato nel fondo B.

(128) Avvi ancora un'altra divisione delle servitù, in urbane e rustiche; ma siccome fra queste due specie di servitù non esiste realmente alcuna differenza nel dritto, abbiamo creduto inutile il parlarne.

La servitù affermativa è quella che impone soltanto al proprietario del fondo serviente l'obbligo di lasciar fare; come le servitù di prospetto, di passaggio, ecc.

La servitù negativa è quella in virtù della quale il proprietario del fondo serviente può essere impedito dal fare sopra il suo fondo ciò che avrebbe naturalmente dritto di farci ove servitù non vi fosse: tal è la proibizione di fabbricare oltre una certa altezza.

La servitù continua (129) è quella il di cui uso è o può essere continuo, senza richiedere il fatto attuale (130) dell'uomo: tali sono gli acquedotti, gli stillicidj, i prospetti, e tutte le servitù negative.

La servitù discontinua è quella che richiede un fatto

(129) Bisogna distinguere *continua* da *perpetua*. È della natura della servitù l'esser perpetua; ma non di esser *continua*. Un dritto di passaggio è perpetuo, poichè si può usarne perpetuamente, ma non è continuo, perchè non si usa in ogni momento.

Noi diciamo ch'è della natura delle servitù d'esser perpetua. Presso i Romani si riputava esserle ciò essenziale. Così il dritto di far cadere sul fondo vicino le acque del mio tetto, sarebbe stato una servitù, essendo le acque delle piogge cose naturali, ed in conseguenza perpetue; ma il dritto di far cadere nel podere di un vicino le acque di un acquedotto non sarebbe stato considerato come una servitù. (L. 28. ff. *de servit. praed. urban.*) Questa sottigliezza non si ammetterebbe tra noi.

Quid, se un usufruttuario abbia concesso una servitù ad un vicino, per goderne finchè durerà l'usufrutto, l'acquirente avrebb'egli l'azione reale durante il tempo dell'usufrutto? L'usufruttuario può cedere il suo diritto; e certamente allora quegli avrebbe l'azione reale: ora, la concessione di una servitù può riguardarsi come una cessione parziale del dritto di usufrutto (a).

(130) Vi si è aggiunta la parola *attuale*, poichè la maggior parte delle servitù continue hanno avuto bisogno del fatto dell'uomo per essere stabilite fin dal principio; ma stabilite una volta, si conservano da per loro senza bisogno del fatto attuale dell'uomo per essere esercitate.

(a) *TOULLIER*, l. c. n. 567, dice che questi dritti concessi dall'usufruttuario non essendo durevoli nè dovuti dal fondo non potrebbero mai caratterizzarsi come servitù. Il Sig. *PARDESSUS* nel suo trattato delle servitù emette un'opinione quasi simile. Ma come mai si chiameranno queste concessioni che a riserva della durata han tutto il carattere delle servitù? Ma l'esser esse perpetue è della natura non dell'essenza delle servitù; potendosi, giusta la nuova legislazione riformatrice di quella di Roma, stipularle tanto a perpetuità che temporaneamente e sotto condizione risolutiva.

688 attuale dell' uomo per essere esercitata: tali sono i dritti
di passare, di attinger acqua, di pascolare ed altre
609 simili.

La servitù apparente è quella che si manifesta con opere esteriori, come quella di passaggio con una porta, quella di prospetto con una finestra, quella di condotto d' acqua con un acquedotto.

689 La servitù non apparente è quella che non ha segni
visibili di esistenza: tutte le servitù negative sono nel
610 tempo stesso non apparenti.

SEZIONE II.

Come si stabiliscono le servitù.

Bisogna distinguere: le servitù discontinue, qualunque sieno (131), e le continue le quali non sono apparenti (132), non possono stabilirsi che a via di titoli (133).

(131) Apparenti, o non apparenti. Io confesso che mal so scorgere quanto al fondo una differenza fra la servitù di veduta e quella di passaggio manifestata con un segno esterno, per esempio, con una porta sporgente sul territorio vicino; pertanto le nostre leggi stabiliscono una essenzial differenza fra queste due specie di servitù, poichè la servitù di veduta si acquista col possesso di trent'anni, e quella di passaggio non può acquistarsi che con titoli. Si può dire per giustificare questa disposizione, che il possesso per la prescrizione dovendo essere continuo e pubblico (art. 2229 § 2135), essa non può applicarsi alle servitù che non sono al tempo stesso continue ed apparenti; e come il Codice pone nel numero delle servitù discontinue quella di passaggio, anche qualora venga manifestata con una porta sporgente sul fondo vicino, ha dovuto decidere per la ragione stessa che questa virtù non poteva acquistarsi con la prescrizione.

(132) Come sono le servitù negative (a).

(133) Che vengono dal proprietario capace di alienare. La servitù essendo uno smembramento della proprietà, è sempre riguardata in dritto come una specie di alienazione, e non può in conseguenza essere consentita se non da quegli il quale ha il dritto di alienare il fondo che vi si assoggetta; salvo ciò che si è detto qui sopra alla nota 124 p. 289 (b). *Quid se fosse stabilita dal non domino?* potrebbe acquistarsi

(a) *A propriamente parlare tutte le servitù sono negative, considerando relativamente al proprietario del fondo serviente, poichè esse non obbligano mai questo proprietario a nulla fare. La divisione delle servitù in negative ed affermative non riguarda che l'oggetto della servitù. V. TOULLIER, l. c. n. 598.*

(b) *Una sentenza passata in giudicato potrebbe tener luogo del*

294 LIB. II. *Della distinzione de' beni, della proprietà ec.*
Il possesso anche immemorabile non basta (134). Ma

con buona fede per lo spazio di dieci o venti anni? Io penso che bisogna far distinzione. Ogni servitù è un immobile, ed ogn' immobile può essere acquistato in questo modo (art. 2265 § 2171); d'altronde, poichè in tal guisa si potrebbe acquistare l'intero immobile, tanto più si può acquistare la servitù, la quale n'è una parte, uno smembramento; ma siccome fa d'uopo che il possesso sia pubblico e continuo per fondare la prescrizione, io penso che anche con titolo e buona fede non si potrebbero acquistare in questo modo che le servitù continue ed apparenti.

Quid se fosse stata consentita da un possessore precario? Sarà lo stesso (art. 2239 § 2145), salvo che in questo caso lo stipulante non acquisterà un dritto immutabile che quando avrà egli stesso prescritta la servitù; laddove se fosse stata consentita da un possessore capace di prescrivere, il dritto dello stipulante diverrebbe irrevocabile dall'istante che il possessore del fondo soggetto ne avesse egli medesimo acquistata la proprietà con la prescrizione. Poichè da quel momento nessuno potrebbe più contrastare la servitù.

(134) Quindi non si potrebbe intentare l'azione possessoria per queste specie di servitù, poichè essa è fondata sul principio che ogni possessore si presume proprietario fino alla pruova contraria; e quando è ammessa, ha per effetto di dispensar di ogni pruova colui al quale il possesso venne aggiudicato, e di costringere all'opposto la parte avversa a provare la sua proprietà. Or qui la presunzione di proprietà risultando dal possesso non può aver luogo, poichè colui che reclama la servitù è sempre obbligato a giustificare il suo dritto con titoli. L'azione possessoria gli sarebbe dunque assolutamente inutile, poichè quand'anche il possesso gli fosse aggiudicato, egli non sarebbe meno astretto a giustificare la sua proprietà. Arresto di cassazione del 28 febbrajo 1814. (SIREY, 1814, 1. par. p. 156) (a).

Ma *quid*, se si allegasse il possesso di un anno acquistato prima del Codice in un paese in cui la servitù di cui trattasi poteva acquistarsi con la prescrizione, potrebbe aver luogo l'azione possessoria? Io crederei di sì. Poichè si suppone che la proprietà delle servitù potesse acquistarsi con la prescrizione, il possessore debb'esser riputato proprietario fino alla pruova contraria (art. 2230 § 2136) (b),

titolo della servitù, come lo potrebbero le sentenze che regolano le condizioni d'una licitazione o d'una divisione. Non così le assertive de' dritti di servitù inserite nelle sentenze emanate sulle sperequazioni (TOULLIER, l. c. num. 603).

(a) Due decisioni della Cassaz. franc. abbiamo sotto della stessa data. In una riportata dal SIREY pag. 124 dicesi che il possesso di un anno, dopo il Cod. civ., di un dritto di servitù negativa non basta per autorizzare l'azione possessoriale, in caso di turbamento. Nell'altra riportata a pag. 256 dicesi che la proibizione di costruire o la denunciazione di nuova opera è un'azione in possessorio, la quale non è ammissibile, se l'attore non invoca una servitù continua ed apparente, ma soltanto un dritto di veduta.

(b) La massima stabilita in questa decisione è che l'azione pos-

come la legge non può avere effetto retroattivo, siffatta disposizione non pregiudica in verun modo le servitù di

e se il possesso viene aggiudicato al reclamante, farà sì che l'avversario sia costretto a provare che al momento della promulgazione del Codice non si era compiuta ancora la prescrizione necessaria per acquistare la proprietà. È da osservarsi dippiù a quest'oggetto un arresto di cassazione del 13 agosto 1810 (SIREY, 1810, 1. par. p. 333). Si è deciso contra questa dottrina dalla stessa corte di cassazione il 10 febbraio 1812 (SIREY, 1813, 1. par. p. 3) 17 febbraio 1813. (*Bull. di cassazione*, 1813. num. 22) e 3 ottobre 1814. (*ibid.* 1814 num. 86). Ma io non meno persisto nella mia opinione, non ostante questa giurisprudenza che sembra costante, ma che parmi dar evidentemente alla legge un effetto retroattivo. Essendo ben certo che i possessori di queste servitù avrebbero potuto prima del Codice intentare l'azione possessoria, essi avrebbero acquistato questo dritto col fatto solo del loro possesso. Come mai una legge posteriore ha potuto privarneli?

Quid se il possesso è appoggiato su di un titolo qualunque, anche impugnato? In questo caso debb'essere ammesso il possessorio; e l' suo effetto sarà di obbligare la parte avversa a provare l'inefficacia del titolo; ciò che sembra confermare il ragionamento del paragrafo che precede. Da osservarsi quattro arresti della stessa corte, l'uno del 24 luglio 1810 (SIREY, 1810, 1. par. p. 334); il secondo del 6 luglio 1812 (*ibid.* 1813, 1. par. p. 81); il terzo del 3 ottobre 1814 (*ibid.* 1816, pag. 145) ed il quarto del 10 maggio 1820 (*Bull.* n. 43). Nel 17 dello stesso mese (*Bullet.* n. 45) fu anche {cassata una sentenza che aveva ricusato di pronunziare sul possesso in fatto di servitù discontinua, quantunque gli attori avessero domandato innanzi ai giudici di produrre i titoli. La sentenza cassata aveva {deciso che l'esame de' titoli non poteva aver luogo che nel petitorio: ma la corte ha opinato che in generale, in fatto di servitù discontinua, non evvi luogo al possessorio, perchè in questo caso il possesso era sempre riputato precario; ma che doveva essere altrimenti subito che venivano allegati de' titoli tendenti a provare che il possesso non era precario, ma bensì a titolo di proprietario.

Si decise patimenti dalla stessa corte che l'azione possessoria poteva aver luogo:

1. A riguardo di un corso di acqua posseduto in virtù del dritto comune e delle disposizioni della legge (Arresto del 1 marzo 1815, *bullet.* num. 17). Questa decisione è fondata sulla ragione. La legge tien luogo di titolo riguardo a coloro che sono sottoposti al di lei impero;

2. Trattandosi di un sentiero destinato alla coltura delle vigne di un cantone, e ciò sul fondamento che questo sentiero non dovea esser riguardato come una servitù, ma come esistente in virtù di una convenzione precedentemente fatta fra i diversi proprietarj, e di cui non rimane più alcuna traccia.

„ *essoria non si ammette in materia di servitù imprescrittibili; specialmente in materia di dritto di passaggio.*

296 LIB. 11. *Della distinzione de' beni, della proprietà ec.*

questa natura già acquistate (135) con la prescrizione nel tempo della promulgazione di questa legge, in quei 691 paesi ove potevano in tal modo acquistarsi. (*Il Titolo 612 delle servitù fu promulgato il 20 piovoso anno 12*).

Le servitù continue o apparenti (136) possono acquistarsi in forza di un titolo, o mediante il possesso di 699 trent'anni (137). 611

(135) Fa d'uopo dunque che la prescrizione sia stata compiuta al momento della promulgazione; non basterebbe che fosse solo incominciata. È questa un'eccezione al principio dell'art. 2281 § 2187.

Ma a chi si appartiene la pruova? Se noi supponiamo che colui il quale pretende di aver acquistata la servitù fosse in possesso al momento della promulgazione del Codice, egli dee in virtù de' principj stabiliti nella nota precedente, esser considerato proprietario fino alla pruova contraria: spetterà dunque alla parte avversa a provare che la prescrizione non si era acquistata al momento della promulgazione. S'egli poi non aveva il possesso, dovrà per l'opposto far egli la pruova.

(136) Perché non vi sono altre specie di servitù che possano acquistarsi colla prescrizione? L'abbiamo già detto; perchè non ve ne sono altre alle quali applicar si possono i caratteri del possesso capace di operare la prescrizione (art. 2229 § 2135). *Fa d'uopo che questo possesso sia continuo*: non può dunque aver luogo che per le servitù continue. *Fa d'uopo che sia pubblico*: dunque bisogna che la servitù sia apparente, ed inoltre che abbia potuto conoscersi dal proprietario del fondo soggetto, o da chi di ragione. Se dunque il proprietario di una casa, occupando nel medesimo tempo la casa vicina a titolo di affitto, stabilisce in questa una servitù a profitto della sua, è certo che il tempo dalla prescrizione non correrà sin che avrà egli il godimento come locatario della casa soggetta. Di fatti, se si suppone per un momento che la casa, a profitto della quale fu stabilita la pretesa servitù, appartenga ad un terzo, egli sarebbe stato obbligato come conduttore a prevenire il proprietario delle usurpazioni che si sarebbero commesse sul suo fondo; ciò che certamente comprende lo stabilimento di servitù; e se non l'avesse fatto, sarebbe tenuto ai danni ed interessi. Essendo dunque egli stesso il proprietario della detta casa vicina, ed egli stesso colui che commette l'usurpazione, può mai argomentare dal suo proprio fatto per acquistare un diritto all'esercizio del quale egli avrebbe dovuto opporsi, se fosse stato da un altro esercitato? Ecco il caso della regola; *eum quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*.

Osservate che per la stessa ragione per la quale il Codice consacra le servitù discontinue, di cui la prescrizione si trovava acquistata al momento della promulgazione del *Titolo delle servitù*, in que' paesi ne quali si potevano acquistare in tal modo; del pari il tempo durante il quale delle servitù continue ed apparenti sono state possedute prima del Codice ne' paesi in cui alcuna servitù non potevasi acquistare senza titolo, non può computarsi per la prescrizione.

(137) Allorché vi sono delle opere visibili esistenti da trent' an-

Al titolo costituente della servitù può supplirsi in diversi modi, secondo la natura della servitù: così ri-

ni, si presume che vi sia stata fin dal principio una convenzione di cui si è perduta la traccia; ma questa non è che una presunzione la quale dee cedere alla realtà. Se dunque esiste la pruova che siavi stata veramente concessione, ma a titolo precario, il più lungo possesso non basterà ad acquistare la servitù; ciò si ridurrebbe ad un atto di tolleranza che non può servir di base alla prescrizione. Questo è un principio generale e si applica a tutte le cose che possono acquistarsi con la prescrizione. È in questo senso che dicesi: *melius est non habere titulum, quam habere vitiosum*. Queste servitù potrebbero mai acquistarsi con dieci, o venti anni con titolo e buona fede? (Vedete la nota 133 pag. 293).

Applicate inoltre all'acquisto delle servitù con la prescrizione la regola, *tantum praescriptum quantum possessum*. Di fatti non si acquista che precisamente ciò che si è goduto. Se non si è avuto che una finestra aperta per trent'anni, si è acquistato il dritto di conservarla; ma non si potrebbe aprirne una seconda ecc. Non sarebbe lo stesso ove la servitù di veduta fosse stabilita con titolo. In questo caso, l'esistenza di una sola finestra essendo bastata per conservarla, il proprietario del fondo dominante è sempre nella libertà di usarne, come lo crede convenevole. (DUNOD, delle prescrizioni, part. 1. cap. 4). Il motivo della differenza nasce dall'esser possibile che una servitù di veduta sia concessa per una finestra solamente; dal momento dunque che non sia presentato alcun titolo, e che la servitù non sia appoggiata che su di una presunta convenzione, questa va sempre supposta come la più vantaggiosa al proprietario del fondo serviente (a).

Si potrebbe per mezzo della prescrizione acquistare un nuovo modo di esercitare la servitù? Bisogna far distinzione. Il nuovo modo o diminuisce l'antica servitù, o ne stabilisce una nuova. Se diminuisce l'antica, siccome ogni servitù si perde col non usarne, si perde allora quel che in qualche modo può chiamarsi l'eccedenza dell'antica servitù sulla nuova, che si conserva in questo caso quale fu esercitata in ultimo luogo, *quia minus majori inest*. Tal è il caso in cui, avendo il dritto di passare in carrozza sul vostro territorio, io vi son passato a piedi per trent'anni; come il dritto di passare in carrozza include quello di passare a piedi, io ho conservato quest'ultimo dritto, ed ho perduto il primo.

(a) Il modo di esercitare un dritto ne cambia la natura, e questi diversi modi formano altrettante specie particolari che non bisogna confondere. Ma se uno di questi dritti sia l'accessorio dell'altro, il possesso del dritto principale opera esso la prescrizione del dritto accessorio? Bisogna, risponde TOULLIER, distinguere se i due dritti sono o no inseparabili, vale a dire talmente uniti che non si possa usar dell'uno senza dell'altro. Se sono tali, una sola prescrizione gli acquista amendue. Ma se i due dritti tutto che l'uno sembri accessorio dell'altro sono separabili, il possesso dell'uno non trae seco la prescrizione dell'altro. (L. c. n. 644 e 645).

guardo a quelle che non possono acquistarsi colla prescrizione, cioè le discontinue e continue non apparenti, non può supplirsi che per mezzo di un titolo il quale

Se il nuovo modo aumenta la servitù, bisogna ancora far distinzione. Se la servitù può acquistarsi colla prescrizione, il nuovo modo può essere acquistato nella stessa maniera; non così nel caso contrario: solamente, sempre per la stessa regola, *minus majori inest*, si conserverà l'antica servitù. Tal è il caso in cui avendo il dritto di passare a piedi sul vostro territorio, io vi son passato a cavallo o in carrozza per trent'anni: siccome il passaggio a cavallo e in carrozza racchiude il passaggio a piedi, io ho conservato il mio antico dritto, ma non ho acquistato il nuovo modo di passaggio, poichè è una servitù discontinua, che non può guadagnarsi con la prescrizione. Ma se possedendo il dritto di aver delle vedute oblique, io ne avessi avuto delle dirette per trent'anni, ho conseguito colla prescrizione il dritto di conservar le nello stesso stato, perchè il dritto di veduta può generalmente acquistarsi con la prescrizione.

La distinzione stessa dee aver luogo qualora il nuovo modo cambia l'antica servitù e ne costituisce una nuova. Se questa è continua ed apparente, essa potrà acquistarsi con la prescrizione; altrimenti sarà estinta l'antica; e non si acquisterà la nuova. Si può dar per esempio del primo caso quello in cui avendo il dritto di aprire delle vedute su di una parte determinata del vostro fondo, io le ho tenute per lo spazio di trent'anni su di un'altra parte dello stesso; in questo caso io ho perduto la servitù primitiva, e ne ho acquistata una nuova. Per esempio del secondo caso si può dar quello in cui avendo il dritto di passare su di una parte determinata del vostro fondo, io sia passato su di un'altra parte dello stesso per lo corso di trent'anni; io ho perduto allora la prima servitù, e non ho acquistata la nuova. (L. 10, §. 1. ff. *Quemadm. servit. amit.*)

Bisogna osservare inoltre una differenza essenziale fra la perdita dell'antica servitù e l'acquisto della nuova, vale a dire che anche riguardo alle servitù continue ed apparenti, potrà accadere che l'antica sia estinta e che non siasi acquistata la nuova; nel caso, per esempio, in cui durante il termine della prescrizione, il fondo soggetto sia stato posseduto da un proprietario contro del quale la prescrizione non correva, come da un minore, o da un interdetto; poichè in quel caso egli avrà acquistato coll'uso per trent'anni continui sulla parte del proprietario dominante l'esenzione dall'antica servitù, e questi non avrà acquistato la nuova contro di lui nell'intervallo stesso, poichè supponiamo che la prescrizione sia stata sospesa per qualche tempo a motivo della minor età, o dell'interdizione del proprietario del fondo serviente.

Queste decisioni sembreranno forse rigorose alquanto in alcuni punti; ma io le credo fondate su' principii legali, e necessarie d'altronde per impedire gli attentati che i proprietarj de' fondi dominanti sono sempre disposti, soprattutto nelle campagne, a recare al titolo costitutivo della servitù.

695 contenga la ricognizione (138) della servitù fattane dal
 616 proprietario del fondo serviente: rispetto alle altre ab-
 692 biam veduto al principio di questo Titolo che la desti-
 613 nazione del padre di famiglia teneva luogo di titolo ,
 ma concorrendo le circostanze seguenti :

Bisogna che i fondi attualmente divisi abbiano ap-
 partenuto allo stesso proprietario ;

693 Che egli stesso sia quello che abbia (139) poste o
 614 lasciate (140) le cose nello stato dal quale risulta la
 servitù ;

694 Finalmente che l'atto di alienazione (141) nulla con-
 615 tenga che sia contrario al dritto preteso.

In questo caso la servitù continua ad esistere atti-
 vamente o passivamente , in favore del fondo o sul fondo
 alienato (142).

(138) O per mezzo di una sentenza pronunziata in contraddizio-
 ne di questo proprietario e passata in giudicato. *Res judicata pro ve-
 ritate accipitur.*

Osservate che a' termini dell' art. 1337 † 1291 , il titolo di ri-
 cognizione non dispensa dal rappresentare il titolo primordiale , se non
 quando specialmente ne riferisca il tenore , oppure qualora ve ne siano
 molti conformi sostenuti dal possesso , e che uno abbia almeno una data
 di trent' anni. Io confesso non pertanto che malgrado la disposizione di
 quest' articolo , che sembra formale e generale , a me par difficile di
 applicarlo alla materia delle servitù che hanno luogo principalmente fra
 i villici. Di fatti come potrebbe mai riguardarsi insufficiente l'atto col
 quale un proprietario avesse puramente e semplicemente riconosciuto che
 il suo fondo sia soggetto a tale o tal altra servitù ? Io credo dunque che
 il legislatore abbia solamente voluto dire nell' art. 695 † 616 , che per
 quanto salde fossero le presunzioni allegate da colui il quale reclama una
 servitù del numero di quelle che non possono acquistarsi colla prescri-
 zione , esse non possono mai supplire il titolo costitutivo , cui non si può
 sostituire che un riconoscimento emanato dal proprietario del fondo sog-
 getto. Questa interpretazione sembra anche tanto più probabile , in
 quanto che il Titolo delle obbligazioni di cui fa parte l' art. 1337 †
 1291 essendo stato discusso e sanzionato molto tempo dopo di quello
 delle servitù , non si può dire che il legislatore abbia avuto in mira
 nell' art. 695 la disposizione dell' art. 1337.

(139) Cioè il proprietario. Diversamente se fosse un usufruttuario,
 un affittuale , o altro possessore simile.

(140) Io vi ho aggiunto quest' ultimo vocabolo , poichè il proprie-
 tario vien considerato come se avesse poste egli stesso le cose nello stato
 di cui si tratta , qualora avendole ritrovate in detto stato ve le abbia
 lasciate.

(141) Sarebbe lo stesso se fosse un atto di divisione fra coeredi
 o comproprietarj.

(142) Notate : 1.º che la disposizione dell' art. 694 † 615 può es-

SEZIONE III.

*Dei dritti ed obblighi risultanti dallo
stabilimento delle servitù.*

L'effetto delle servitù che dipendono dal fatto dell'uomo è quello di stabilire, tra i proprietarj de' fondi dominante e serviente, particolari relazioni le quali aumentano o modificano quelle che risultano dalla semplice vicinanza, e che producono dritti in favore dell'uno ed obbligazioni corrispondenti per parte dell'altro.

L'estensione di questi dritti e di queste obbligazioni va d'ordinario regolata dal titolo che costituisce la servitù. Ci basterà dunque indicare le disposizioni generali che nel silenzio del titolo debbono osservarsi, e che in 686
tutt' i casi sono subordinate alle convenzioni particolari. 607

Come il dritto di uno de' proprietarj costituisce l'obbligo dell'altro e così *viceversa*, noi qui non tratteremo

ser invocata contra il proprietario stesso da colui in di cui favore egli dispose del fondo, e da' suoi aventi causa; 2.^o Che questa disposizione è fondata non sul principio d'essere la servitù un dritto reale, che segue la cosa in tutte le mani per le quali passa; poichè qui non vi è servitù: *nemini res propria servit*; ma sul principio che quando il proprietario di due immobili ne vende uno è riputato venderlo nello stato in cui si trova, e come se ne gode, e così pure' acquistarlo il compratore.

Fa d'uopo adunque che la servitù sia non solo continua, ma bensì apparente; altrimenti il compratore potrebbe dire di essere stato ingannato, se si trattasse di una servitù passiva; o essendo attiva, non potrebbe dire ch'egli ha inteso comprare il fondo con tal dritto di servitù. Ma riscontrate qui sopra la nota 6 di questo Tit. pag. 246.

Bisogna che il proprietario sia quegli che abbia messa la cosa nello stato da cui risulta la servitù; altrimenti potrebbe averla ignorata, e da sua parte non avrebbe potuto aver luogo la presunzione della volontà.

Finalmente egli è chiaro che se l'atto di alienazione contiene una stipula contraria al dritto preteso, la presunzione dee cessare.

Osservate ancora non esser più necessario, come esigea l'art. 216 della costumanza di Parigi, che la destinazione del padre di famiglia sia provata per iscritto; vale a dire, non esser necessario di provare con questo mezzo che lo stato dal quale risulta la servitù esistesse al momento in cui i fondi furono divisi. Tal fatto può dunque esser comprovato a via di testimonj. Veggasi una decisione della corte di Colmar del 4 dicembre 1817, in SIREY, 1822, 2. par. p. 16.

che di ciò che riguarda i diritti ed obblighi del proprietario del fondo dominante.

I suoi diritti sono : 1. Che può reclamar l' uso di tutt' i mezzi necessarij ad usare la servitù stabilita, quand' anche il titolo costituente non ne contenesse l' espressa stipulazione (143). Così colui che ha il dritto di cavar
696 acqua dalla fonte altrui ha necessariamente quello del
617 passaggio per andarvi (144) ;

2. Ch' ei può egualmente fare (145) tutte le opere

(143) Secondo l' adagio, *chi vuol la cosa vuole i mezzi*. In virtù di questo principio io penso che chi ha il dritto di aver delle vedute dirette nel muro contiguo immediatamente al fondo vicino, possa impedire l' altro proprietario di elevare un edificio che ingombri affatto le sue vedute, o di comprare la comunione del muro, nel quale le vedute siano aperte ; e ciò facendo, obbligarlo quindi a chiuderle. Si è voluto su tal proposito distinguere se il dritto di prospecto siasi acquistato per mezzo di titolo o di prescrizione. Ma io credo che non sia ben fondata tal distinzione. La prescrizione in questo caso suppone un titolo che si presume perduto ; per conseguenza colui che può invocare la prescrizione, dee riguardo a quel che acquistò colla prescrizione, godere de' medesimi vantaggi che se avesse un titolo effettivo. Ma notate, che noi diciamo *chiudere, o ingombrare affatto le vedute*. Poichè se dall' innalzamento d' un edificio non ne risultasse che una diminuzione di luce, rimanendo ancora la casa bastantemente illuminata, il proprietario delle vedute non potrebbe domandarne la demolizione. Non essendogli sufficiente tutto ciò per giustificare un dritto di prospecto, gli farebbe d' uopo ancora di ciò che i Romani chiamavano *jus altius non tollendi, o jus ne prospectus officietur*. Or questi due dritti non essendo visibili, non possono acquistarsi per mezzo della prescrizione. E d' altronde il fatto di edificare o non edificare sul proprio terreno, essendo un atto di pura facoltà, non può stabilire nè un possesso, nè una prescrizione.

(144) Ma si rifletta alla differenza che passa tra il dritto così costituito, vale a dire come accessorio, o in conseguenza di un altro dritto, e quello che si ha direttamente, e per se stesso. Se il dritto di cavar l' acqua mi è stato accordato, io ho perciò solo il dritto di passaggio per andare al fonte : ma quest' ultimo dritto essendo una conseguenza del primo si estinguerebbe con esso. Se dunque lascio prescrivere il dritto di attinger l' acqua, io perdo per ciò solo il dritto di passaggio. Ma se questi due dritti mi sono stati accordati sia con due titoli separati, sia collo stesso titolo, ma in un modo distinto, e senza relazione dell' uno coll' altro, io posso perder l' uno, e conservar l' altro.

(145) Ben inteso nel fondo vicino. Egli non ha bisogno di un permesso della legge per fare nel proprio fondo quel che crede conveniente. Così egli può far riparare nel fondo contiguo il cammino che conduce alla fontana da cui ha il dritto di attingere l' acqua ; ma in ogni caso purchè non aggravi la condizione del fondo soggetto. Così

necessarie per usare della servitù e per conservarla. Queste opere debbono farsi a sue spese (146), a meno che il titolo (147) non istabilisca il contrario. Ma anche nel

ancora, colui che ha un dritto di passaggio per un giardino, potrebbe far coprire di arena, ma non lastricare il tratto che gli serve di transito; del pari egli dee prendere per far le sue opere il tempo il meno incomodo al proprietario del fondo serviente, e reciprocamente costui è obbligato a soffrire gl'incomodi inseparabili dalle riparazioni necessarie, come il passaggio delle vetture, e'l deposito dei materiali, ecc.

(146) Questo è fondato sul principio generale in materia di servitù, che *servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.* (L. 15. §. 1. ff. de servitutibus). E questo principio stesso è fondato sull'essere la servitù considerata come dovuta dalla cosa. Or non si può imporre ad una cosa l'obbligo di fare. Ma vedete nella nota seguente l'eccezione introdotta dall'art. 698 + 619.

(147) Sia il titolo costitutivo, sia ogni altro, anche posteriore. L'art. 698 + 619 non prescrive alcun limite.

Nel caso in cui esistesse questa convenzione, alcuni autori dietro il principio stabilito nella precedente nota, pensarono ch'essa non facesse parte della servitù, e non producesse che una semplice obbligazione personale. La quistione è importante, perchè in questo sistema il dritto che risulterebbe da una somigliante convenzione, sarebbe egualmente personale, e per conseguenza non seguirebbe affatto l'immobile in tutte le mani nelle quali passerebbe. Ma ciò che pruova che quest'opinione non sia fondata, almeno nel nostro dritto attuale, e che nell'art. 698 il legislatore abbia avuta l'idea di stabilire un'eccezione al principio generale, si è che l'art. 699 + 620 decide, che il proprietario il quale ha consentito a simile convenzione, può esimersene abbandonando il fondo. Dunque egli non è tenuto personalmente, e l'azione non può essere che reale. Questa è la decisione della legge 6, §. 2, ff. *Si servitus vindicetur*, in cui si dice che *hanc servitutem non hominem debere sed rem*. Dunque è in qualche modo una seconda servitù aggiunta alla prima; e siccome sarebbe ancora una servitù discontinua, non potrebbe acquistarsi con la prescrizione.

Ma riflettete: 1.º che nel caso stesso in cui il proprietario del fondo soggetto abbia contratta l'obbligazione speciale di costruire le opere necessarie, egli non è tenuto che qualora la necessità di tali opere risulti dall'uso ordinario della servitù, o della forza maggiore. Poichè se siano state fatte per colpa di colui al quale è dovuta la servitù, egli è tenuto a farle eseguire a proprie spese. 2.º Che l'obbligo di far i lavori considerato come una seconda servitù essendo in questa materia un'eccezione al principio generale, debb'essere applicato *stricto sensu*, e per conseguenza dee limitarsi alle riparazioni, ed alla ricostruzione dell'oggetto indicato, e non si estende al di là. Così colui che si è obbligato a riparar un muro, non è tenuto nè a far demolire, nè a puntellare gli edifizj sostenuti da questo muro, ed appartenenti al vicino.

caso in cui il proprietario del fondo serviente è tenuto a fare siffatte spese, ha sempre il dritto di liberarsene, abbandonando il fondo (147) al proprietario del fondo dominante;

3. Che se il fondo dominante viene ad essere diviso, la servitù è dovuta al proprietario di ciascuna porzione, senza però che si renda più gravosa la condizione del fondo serviente: così per esempio, ove si tratti di un

(148) *Il fondo intero.* L'obbligo di riparare è reale, come l'abbiam dimostrato nella precedente nota. Esso si comunica a tutto il fondo; dunque nessuno può esimersene senza abbandonare il fondo intero. (Arg. tratto dall'art. 2114. † 2000.

Quid, se il fondo viene ad essere diviso, e che colui nella parte del quale si ritrova il cammino che debb'essere mantenuto abbandoni questa parte, qual sarà mai il risultato di tale abbandono? Esso rimane liberato, ma gli altri comproprietari non potranno esserlo, che abbandonando egualmente la loro porzione. È questa una necessaria conseguenza della realtà del dritto. D'altronde lo stesso art. 699 † 620 conferma questa decisione, poichè in esso si dice, che il proprietario potrà sempre liberarsi dal peso, abbandonando il fondo soggetto; *il fondo*, è detto, e non *una parte solamente del fondo*. Finalmente un sistema opposto sarebbe del tutto contrario alla giustizia; poichè in sulle prime ne risulterebbe, che i debitori sarebbero liberi di diminuire, e quasi annientare il dritto del creditore; ed in secondo luogo, potrebbe accadere che l'obbligazione del mantenimento fosse di molto peso, e l'proprietario dominante non si trovasse sufficientemente indenizzato dell'estinzione del dritto nel fondo coll'abbandono di una porzione, forse molto tenue.

Notate che questo abbandono è una vera abdicazione della proprietà, che passa in seguito nella persona del proprietario del fondo dominante; ed ecco in che questo abbandono differisce dalla cessione per ipoteca. Osservate il Tit. de' *privilegj ed ipoteche*, e le note relative.

Quid riguardo alle ipoteche, ed altri dritti reali che avessero potuto essere consentiti dal proprietario anteriormente all'abbandono del fondo? Bisogna far distinzione: Se consentiti prima dello stabilimento della servitù, e che siansi osservate tutte le formalità richieste per la conservazione di questi dritti rispetto ai terzi, essi vengono conservati nella di loro integrità, e seguono il fondo nella mano del nuovo proprietario; ma se sono posteriori, io penso che in verità potrebbero esser esercitati, ma a carico di coloro che gli eserciteranno di garantire il dritto del proprietario del fondo dominante. Se dunque si tratta di un'ipoteca, il creditore potrà far vendere l'immobile, ma incaricando della servitù il compratore. Se si tratta di un usufrutto, l'usufruttuario non potrà conservare il suo dritto che col medesimo peso salvo il suo regresso contra il proprietario, a norma delle disposizioni dell'art. 609 † 534.

drritto di passaggio, tutti i compadroni debbono usarne nello stesso sito (149);

700
621

4. Che il proprietario del fondo serviente non può fare cos' alcuna che tenda a cambiare, scemare o rendere più incomodo l'uso della servitù. Tuttavia se coll' andare del tempo o per effetto degli accidenti, il primitivo modo della servitù gli fosse divenuto più oneroso, e che rimanesse dimostrato che i cambiamenti proposti nessun pregiudizio recherebbero al proprietario del fondo dominante, questi non potrebbe ricusarvisi (150).

701
622

(149) *Quid*, se sia una servitù di attinger acqua o di pascolo, che per effetto della divisione del fondo dominante il bisogno dell'acqua, o il numero delle bestie fosse cresciuto? È lo stesso. La servitù è dovuta al fondo, e per conseguenza a tutti quei che vi abitano. Ma sarebbe altrimenti se il modo e l'estensione della servitù fossero stati determinati, per esempio, nella servitù del pascolo, se il numero delle bestie fosse stato stabilito dal titolo. Egli è evidente che in questo caso, qualunque sia il numero de' proprietarj, quello delle bestie non può esser mai aumentato.

Quid se si tratta di un drritto di prospetto concesso dal principio a colui che aveva una casa e de' territorj, e che dopo la di lui morte avviene che la casa spettasse in porzione ad uno de' suoi eredi, e le terre ad un altro, quest' ultimo potrebbe, facendo edificare, usar del drritto di prospetto? Io credo in prima che la quistione debba decidersi per mezzo del titolo, se fosse possibile; se in esso si disse, per esempio, che la servitù è concessa a tal fondo, o al proprietario di tal fondo, allora essa è dovuta al fondo intero, e per conseguenza ai terreni come alla casa. Ma se si fosse detto nel titolo, che il drritto di prospetto veniva concesso alla casa, allora è chiaro che non può essere invocato dal proprietario de' terreni. Ove non vi esista alcun titolo, o che si dubiti del modo in cui debba esser compreso, a me sembra, che in forza delle regole generali d'interpretazione, debba decidersi in favor del fondo serviente, e restringere il drritto di prospetto solo alla casa.

Quid, se è il fondo serviente che sia diviso, nel caso per esempio in cui il proprietario sia morto lasciando più eredi? Per la stessa ragione, la servitù sarà dovuta per intero da ciascun coerede, se tuttavia essa sia di natura ad avere il suo effetto sul fondo intero, come le servitù *altius non tollendi*, *luminum*, *prospectus*, ed altre simili. Ma s'essa fosse tale, da non poter essere esercitata che su di una parte del fondo, come un drritto di passaggio senz' altro peso, non vi sarebbe allora che la porzione nella quale si troverebbe il passaggio concesso, che resterebbe gravata delle servitù rispetto al proprietario dominante, salvo gli accomodi rispettivi dei comproprietarj del fondo soggetto fra loro. (Osservate la seguente nota 159 p. 310.)

(150) Questo è fondato sul principio di drritto naturale da noi stabilito fin dal cominciamento di quest' opera, e secondo il quale sia

Tali sono in generale i dritti del proprietario del fondo dominante. Quanto alle sue obbligazioni, si riducono ad usare della servitù secondo il suo titolo (151), senza che in nessuno dei due fondi possa innovare cos' alcuna la quale renda più onerosa la condizione del fondo serviente.

SEZIONE IV.

Dell'estinzione delle servitù.

La servitù si estingue in sei maniere:

1. Con la risoluzione del dritto di colui che l'ha costituita (152);

mo obbligati a fare il bene del prossimo, ogni volta che non ce ne risulta alcun pregiudizio. In conseguenza, tal disposizione si applicherebbe senza contraddizione alla servitù legale di passaggio, nel caso di chiusura. Se il proprietario del fondo soggetto desiderando, per esempio, di edificare nel sito in cui è stato accordato il passaggio, ne offrisse un altro sufficientemente comodo pel fondo chiuso, l'altro proprietario sarebbe obbligato di consentire al cambio; ed è anche probabile che in questo caso i giudici non si mostrerebbero così rigorosi, che ove si trattasse di una servitù volontariamente acconsentita; e che una lieve differenza nel comodo de' due passaggi non sarebbe presa in considerazione.

(151) *Quid*, se si elevi una quistione su di un punto, rispetto al quale il titolo non si è affatto spiegato? Il giudice dee decidere col principio di equità, il quale vuole che si concilii sempre il più grande utile del fondo dominante col minore incomodo del fondo serviente; e che nel dubbio, debba pronunciarsi sempre in favore di quest'ultimo. Vi sono d'altronde delle regole di convenienza, alle quali deve il giudice uniformarsi: come quella che vuole che un dritto di passaggio a traverso di un cortile, o altra dipendenza di una casa abitata, non si eserciti ad un' ora indebita, ecc.

Nota. Venne deciso dalla corte di cassazione che la servitù convenzionale di vedata, quando il titolo non ne determina l'estensione, non importa proibizione di fabbricare che sino alla distanza di sei piedi, per analogia dell'art. 678 § 599. (Arresto del 24 giugno 1823, SIREY, 1824, par. 1. p. 26) (a).

(152) Salvo tuttavia i casi ne quali la legge decide che le alienazioni non siano punto risolte malgrado la risoluzione del dritto dell'alienante. Vedete la nota 61 pag. 222 di questo volume.

(a) *V. quel che diremo nelle seguenti Osservazioni alla Sez. II §. 1.*

2. Con la scadenza del giorno o l'adempimento della condizione, se così fu stabilito;

3. Con la confusione, o per dir meglio con la riunione perfetta ed irrevocabile (153) dei due fondi in mano dello stesso proprietario;

4. Con la rinunzia del proprietario del fondo dominante (154);

(153) Poichè se la riunione venisse a cessare in seguito di una causa anteriore all'acquisto, la servitù rinasce in favore dell'antico fondo dominante. (Arg. dedotto dall'art. 2177 † 2071). Lo stesso avviene per l'usufrutto. Ma oltre di questo caso, tutte le volte che la riunione sia stata perfetta ed irrevocabile nel suo principio, la servitù è interamente estinta, e non può rinascere. Se dunque il proprietario del fondo dominante abbia acquistato il fondo serviente, e che in seguito lo venga a vendere senz'essersi riservato il dritto di servitù, il fondo alienato n'è totalmente ed irrevocabilmente liberato. Bisogna intanto eccettuare il caso in cui si trattasse di una servitù apparente, di cui egli avesse lasciato sussistere il segno fino al momento della vendita. Ma in questo caso ancora, non sarebbe al certo l'antica servitù che rinascerebbe, ma una nuova risultante dalla destinazione del padre di famiglia.

Per la ragione stessa, se due coniugi in comunione di beni, acquistano un fondo che deve una servitù al fondo di uno di essi, non vi sarà confusione che qualora per effetto di divisione che avrà luogo dopo lo scioglimento della comunione, i due immobili si trovassero appartenere allo stesso proprietario (a).

(154) Purchè sia maggiore e nell'esercizio de' suoi dritti, e che se la rinunzia è gratuita, il proprietario del fondo serviente sia capace di riceverla da lui a titolo di donazione.

Quid, se la rinunzia è fatta da uno de' comproprietarij del fondo dominante? Bisogna distinguere: Se la servitù è divisibile *effectu*, gli altri comproprietarij non potranno esercitarla, che sottrazione fatta della parte di colui che ha fatta la rinunzia. Se poi è indivisibile, continueranno ad esercitarla in totalità, ma tenendo conto del valore della porzione di colui che ha fatta la rinunzia (Art. 1224 † 1177) il quale dal suo canto dovrà indennizzare i suoi comproprietarij di ciò che sarà loro costato. Ma se il fondo dominante venga ad essere messo all'incanto, e sia aggiudicato a colui che ha fatta la rinunzia, io credo che in tal caso il fondo si troverà intieramente libero. (Arg. tratto da ciò che si è detto nella nota 124 della pag. 289 pel caso in cui una servitù sia stata consentita da un proprietario indiviso).

(a) Aggiungasi che l'accettazione pura e semplice d'una eredità opera la confusione de' dritti se non vi è che un solo erede; non così l'accettazione col beneficio dell'inventario. Ben inteso però che se l'erede dopo l'adizione pura e semplice vende l'intera successione, o il suo *quidquid juris*, le servitù rivivono, poichè la vendita d'una successione comprende tutto ciò che ne proviene e nulla al di là. (V. il repertorio V. servitude n. 32, e TOULLIER l. cit. n. 668 e 669).

706 5. Col non uso pel corso di trent'anni (155); ma
627 in questo caso bisogna distinguere: se si tratta di servitù

Quid, se la rinunzia siasi fatta ad uno de' comproprietarj del fondo soggetto? Fa d'uopo parimenti distinguere; ma in senso diverso. Se la proprietà sia tutt'ora indivisa, la servitù non potrà essere esercitata su parte alcuna. (Arg. dedotto dagli art. 709 § 630, e 710 § 631). Ma se la proprietà fosse divisa, la servitù continuerebbe ad essere esercitata sulle porzioni non appartenenti a quello cui fu fatta la rinunzia.

(155) Quand'anche questo non uso non venisse dal fatto del proprietario; se, per esempio, un usufruttuario ha goduto quarant'anni di un terreno, e che abbia trascurato nel corso di trent'anni solamente di far uso di una servitù; questa rimane prescritta, salvo il regresso del proprietario contro di lui per farsi indennizzare (argom. dedotto dagli art. 614 § 539 e 1428 § 1599). Del pari poco importa qual sia la persona che ne abbia usato; purchè il dritto sia stato esercitato, ciò basta per impedire la prescrizione. Se però lo fosse stato da un comproprietario, bisognerebbe distinguere: S'egli fosse comproprietario *per indiviso*, usando, ei conserva i dritti degli altri tutti. Ma se il fondo fosse stato diviso, l'uso di uno de' comproprietarj non conserverebbe la servitù che per la sua porzione (art. 709 § 630).

Ma si rifletta, che l'intervallo di trent'anni per liberarsi dalla servitù per mezzo della prescrizione non è richiesto, che quando il fondo serviente è rimasto nelle mani di quello che ha acconsentito alla servitù, o ai suoi eredi, poichè se è passato nelle mani di un terzo, la servitù debb'essere prescritta con lo stesso intervallo di tempo che sarebbe sufficiente ad acquistar la proprietà, vale a dire con trent'anni se il terzo non ha nè titolo; nè buona fede, o s'egli non ha che il titolo senza buona fede; e con dieci, o venti anni, s'egli ha l'uno e l'altro. Il motivo della differenza si è, che rispetto a colui che ha consentito alla servitù, o de' suoi eredi, è questa una prescrizione ad oggetto di liberarsi, per la quale ordinariamente fa d'uopo di trent'anni; mentre rispetto al terzo, è una prescrizione ad oggetto di acquistare, per la quale bastano dieci, o vent'anni con titolo e buona fede. Ed in fatti, sulle prime egli è certo che in quest'ultimo caso non vi può esser quistione della prescrizione ad oggetto di liberarsi; poichè il terzo non ha contratto alcuna obbligazione verso il proprietario del fondo dominante. In secondo luogo, la servitù, come abbiamo detto, è uno smembramento della proprietà; dunque quando io compro un fondo gravato da una servitù, compro la proprietà del fondo meno la porzione di questa proprietà che costituisce la servitù; dunque quando io lo compro come libero, son riputato comprare a non domino questa porzione di proprietà, per diventarne dunque proprietario, io non ho bisogno che della prescrizione necessaria ad acquistare.

Si può del rimanente fondare questa distinzione sull'art. 2180 § 2073 il quale stabilisce, che la prescrizione dell'ipoteca si acquista dal terzo detentore col tempo fissato per la prescrizione della proprietà, mentre che rispetto al debitore personale, e per li beni esistenti in sua mano, la prescrizione dell'ipoteca non si acquista che col tempo fissato per la prescrizione del credito, che produce l'ipoteca. Il debi-

discontinue (156), il semplice non uso dà luogo alla prescrizione che comincia a decorrere dal giorno in cui si è cessato di esercitare il dritto. Se di servitù continua, bisogna che inoltre abbia avuto luogo un atto contrario alla servitù; e sol dal giorno di quest'atto il termine della prescrizione incomincia a decorrere (157). 707
628

tore ha bisogno della prescrizione per liberarsi; e' l'altro solo di quella per acquistare.

Quid, se dopo un non-uso di trent'anni il proprietario del fondo dominante esercita di nuovo il suo dritto, rinascerebbe la servitù? Il motivo di dubitare si deduce dal perchè questa si estinse colla prescrizione: è questa dunque una nuova servitù che non può essere stabilita che con titolo, o con prescrizione, e purchè, ancora, in questo ultimo caso essa fosse continua e apparente. Ma si può rispondere, che la prescrizione non sia un mezzo di acquistare, o di liberarsi di pieno dritto che nel senso in cui dall'istante ch'essa viene invocata od opposta, dee sempre ottenere il suo effetto sia riguardo all'acquisto, sia riguardo alla liberazione. Fa d'uopo adunque che almeno essa venga opposta o invocata. Ma da un'altra parte, può accadere che colui che l'invoca o l'opponi, sia suscettibile di esser respinto da una eccezione d'inamissibilità; come, se dopo la prescrizione acquistata egli abbia riconosciuto il dritto del suo avversario. E ciò formalmente risulta dagli art. 2221 § 2127 e 2224 § 2130. Non resterà dunque altro in questo caso, che a decidere una semplice questione di fatto; cioè, se l'esercizio della servitù, dopo il compimento della prescrizione sia stato tale, che debba dedursene dalla parte del proprietario del fondo serviente una rinunzia al dritto che aveva acquistato.

(156) Quand'anche queste fossero apparenti; come, se si tratta di un dritto di passaggio manifestato con una porta. Se si è cessato di passare per trent'anni, il dritto è prescritto, quand'anche la porta fosse rimasta nello stesso stato, e malgrado che il proprietario del fondo soggetto non avesse fatto alcun atto contrario alla servitù.

(157) Se dunque, come ora si è detto, io ho un dritto di passaggio, e che non ne abbia fatto uso per trent'anni, la servitù è prescritta; se ho un dritto di prospetto, malgrado che la casa cui è dovuto questo dritto fosse rimasta disabitata per sessant'anni, se le finestre siano state murate per trent'anni, essa è prescritta. Il motivo della differenza si è che la servitù di passaggio non si manifesta esternamente che col fatto dell'uomo, poichè per mezzo di questo fatto si esercita il dritto, oggetto della servitù. Se dunque il fatto è cessato per trent'anni, la prescrizione si è acquistata. Ma, nel secondo caso, la servitù non ha bisogno del fatto attuale dell'uomo per esercitarsi; essa lo è col fatto solo della finestra rimasta aperta: dunque la prescrizione non può cominciare, che dall'istante della chiusura di questa finestra.

In quanto alle servitù negative, come quella di *altius non tollendi*, è chiaro che queste vengono esercitate col fatto solo della non costruzione per parte del proprietario del fondo serviente, e che fino

È d'uopo osservare d'altronde intorno a questa maniera di estinguere le servitù, che il modo della ser-

a tanto ch'egli non fabbrica, la prescrizione non può decorrere. Non sarà dunque che dall'istante in cui avrà fatto un atto contrario alla servitù, vale a dire che avrà cominciato a fabbricare oltre il punto fissato nella convenzione, che la prescrizione potrà cominciare a decorrere.

Si osserva da questi esempj, essere indifferente che l'atto contrario alla servitù si faccia dall'uno o dall'altro proprietario. Solo dee accadere per la natura delle cose, che quest'atto sarà fatto il più sovente dal proprietario del fondo dominante, trattandosi di servitù affermative, e che sarà sempre fatto dal proprietario del fondo serviente, quando si tratterà di servitù negative.

Alcuni autori avevano pensato, che vi bisognasse in tutt'i casi un atto dalla parte del proprietario del fondo serviente, fondandosi sulle disposizioni della L. 6 ff. *de servit. praed. urban.* la quale decide che se io ho la servitù *tigni immittendi* su di un fondo che vi appartiene, e che io abbia tolta la trave sostenuta dal vostro muro, la prescrizione non comincerà a decorrere in vostro favore, che dal giorno in cui voi avrete otturato il buco ov'era situata la trave. Del pari, se ho la servitù *ne luminibus officiatur*, non basta che io abbia chiuse le mie finestre, perchè decorra la prescrizione in vostro favore; fa d'uopo ancora che voi abbiate innalzato il vostro edificio. Ma costoro non han ben riflettuto in primo luogo che quest'ultima servitù era una servitù negativa; il che rientra nella distinzione che abbiamo stabilita;

2. Che la disposizione della legge 6 riguarda una distinzione che facevano i Romani, rispetto all'estinzione pel non uso, fra le servitù urbane e le rustiche (VINNIO sul §. 4. *Inst. de servit.*), distinzione che punto non esiste nel nostro dritto;

3. Che fa d'uopo di ben discernere nelle servitù positive quelle che per istabilirsi hanno bisogno del fatto de' due proprietarj, come la servitù *tigni immittendi*. In effetti è necessario il fatto del proprietario dominante, *immissio tigni*, e di più il fatto del proprietario serviente, *foramen in ejus pariete*. Or siccome si considera come principio, che *res eodem modo dissolvi debent quo fuerunt colligatae*, ne risulta che per estinguere queste specie di servitù, bisogna un atto contrario dalla parte de' due proprietarj;

4. Che in questo sistema, vi sarebbero delle servitù continue che non potrebbero giammai estinguersi colla prescrizione. Di fatti, qual'è l'atto contrario al dritto di stillicidio, che potrebbe fare il proprietario serviente? E rispetto alla semplice servitù di veduta, qual atto contrario potrebbe parimenti fare lo stesso proprietario? Si dirà forse, ch'egli debba innalzare un muro, o un edificio? Ma osservate, che il semplice dritto di cacciare delle luci, quante volte non comprenda la servitù *altius non tollendi*, o *ne luminibus officiatur*, non impedisce al proprietario serviente di far delle costruzioni. Dunque, quando egli ne farà, non può dirsi che faccia un atto contrario alla servitù;

5. Finalmente, l'articolo 665†586 è formalmente contrario a

vitù può prescriversi come la servitù medesima (158) ; 708
 che se il fondo dominante appartiene a più persone in 629
 comune , l'uso fattone da alcuna di esse impedisce la 700
 prescrizione riguardo alle altre ; finalmente che nello 630
 stesso caso la prescrizione rimane sospesa quando nessuno
 ne avesse usato , se fra i comproprietarj v'è alcuno con- 710
 tro di cui non abbia potuto decorrere la prescrizione (159). 631

questo sistema ; poichè decide , che se il muro o la casa cui è dovuta
 una servitù , sia ripasta demolita per tutto il tempo necessario alla
 prescrizione , la servitù rimane estinta. Certamente che qui non vi è
 alcun fatto dalla parte del proprietario del fondo serviente.

Concludiamo dunque , che si pretenderebbe troppo male a pro-
 posito che in ogni caso dovesse esservi un atto contrario fatto dal pro-
 prietario serviente ; che ciò allora solo è necessario quando si tratta di
 servitù negative , o positive , per istabilir le quali è stato d'uopo il
 fatto del proprietario serviente , ma che per tutte le altre , basta solo
 l'atto contrario da parte del proprietario dominante per far decorrere
 la prescrizione.

(158) Così , io ho il dritto di aver delle vedute dirette sul fondo
 vicino. Se per trent'anni io non ho avuto che delle vedute oblique ,
 il dritto di averne delle dirette è estinto colla prescrizione. (Da osser-
 varsi a questo riguardo ciò che abbiamo detto di sopra, nota 137 p. 297.

(159) Per esempio un minore. Questo dipende dall'indivisibilità della
 servitù , che non può perdersi , nè acquistarsi in parte. Ma riflettete
 che perciò fa d'uopo che il fondo sia indiviso. Se fosse diviso , ogni
 porzione sarebbe separatamente creditrice di tutta la servitù , e potrebbe
 in conseguenza perderla tutta intera colla prescrizione. Ma se il fondo
 è indiviso , non vi è alcuna porzione nella quale colui che ha goduto ,
 oppure il minore , non vi abbia un dritto , ed alla quale per conse-
 guenza non siasi conservata la servitù. Da qui nasce la massima, *minor
 relevat majorem in individuis*.

Bisogna inoltre osservare , che ogni servitù è indivisibile *obbliga-
 zione* , ammeno che non risulti il contrario dalla stipula.

Io dico essere indivisibile *obligatione* , nel senso ch'essa è dovuta
 tutta intera da ciascun erede del debitore , ed a ciascun erede del cre-
 ditore della servitù ; e che qualunque divisione soffrisse il fondo do-
 minante , o il fondo serviente , la servitù è interamente dovuta a cia-
 scuna porzione dell'altro ; salvo ai diversi proprietarj del fondo do-
 minante ad accordarsi per non aggravare la condizione del fondo ser-
 viente , e salvo ciò che si è detto nel fine della nota 149 p. 304.

Ammeno che non risulti il contrario dalla natura della stipula.
 Poichè se , per esempio , siasi accordata la servitù di pascolo per cento
 bestie , è chiaro che se il fondo dominante venga ad essere diviso , tut-
 t'i proprietarii dovranno accordarsi per non mandare per conto di tutti
 più di cento bestie a pascolare (Osservate la stessa nota 149).

Parimenti , qualora siasi accordato il passaggio per tal parte del
 fondo serviente , e che venga in seguito ad esser diviso , non vi sonq
 che le porzioni intersecate dalla strada prescritta pel passaggio che

6. Finalmente le servitù cessano (160) del pari allorché le cose si trovano in uno stato tale che non si

siano soggette alla servitù; le altre rimangono libere. Ma qui ciò non avviene per l'effetto di alcuna divisibilità della servitù, poichè sarebbe sempre indivisibile riguardo ai proprietari del fondo dominante; ma perchè l'interesse essendo il mobile dell'azione, il proprietario dominante il quale gode del suo dritto di passaggio in tutta la sua estensione, non ha interesse ad agire contra i proprietari delle altre porzioni del fondo serviente. Questo è così vero, che s'egli si trovasse avere interesse, potrebbe senz'alcun dubbio agire contro di essi tutti. Se, per esempio, oltre al dritto di passaggio, si fosse fin dal principio stipulato che il cammino sarebbe mantenuto a spese del proprietario serviente, e che colui nella porzione del quale è caduto il cammino, ricusi di mantenerlo, ed offra di cedere la sua parte, il proprietario dominante sarà tenuto a contentarsene? Noi abbiamo qui sopra deciso di no, nota 148 p. 303; ed abbiain dimostrato che la totalità del fondo essendo stata primitivamente destinata all'adempimento di questa obbligazione (art. 699 § 620), la divisione di questo fondo non ha potuto pregiudicare al dritto del proprietario dominante, il quale potrà agire in conseguenza contro tutt'i proprietari, affinché essi abbiano a mantenere il cammino, o a cedere le di loro porzioni.

Riflettete ancora che la servitù benchè indivisibile *obligatione*, può esser divisibile *effectu*. In fatti, niente sembra più indivisibile quanto la servitù *altius non tollendi*: ed intanto essa è divisibile *effectu*, poichè se io ho questa servitù su di un terreno di quaranta piedi di prospecto, che il proprietario serviente abbia edificato su' venti, e che il suo edificio sia rimasto nel medesimo stato, e senza reclamo alcuno da mia parte per trent'anni, egli avrà acquistato su' venti piedi solamente l'esenzione dalla servitù, la quale esisterà su i venti rimanenti in seguito della regola: *tantum praescriptum quantum possumus*. Del pari le servitù di prender acqua possono esser divise, *pro tempore et mensura*. (L. 19, §. 4, ff. *Comm. divid*) (a).

(160) E non si estinguono; se n'è cambiata l'espressione per far conoscere ch'esse possono rivivere per lo ristabilimento della cosa nel suo antico stato.

(a) Ma abbiamo, dice TOULLIER, L. c. n. 710, passato sotto silenzio la dottrina astratta dell'indivisibilità delle servitù, dottrina di cui il genio del gran DUMOULIN non ha potuto spianare le difficoltà. Non può negarsi in fatti che al TOULLIER sembrano sottili queste distinzioni adottate dal nostro autore; ma si rifletta, che le sottigliezze sono nella giurisprudenza necessarie quand'esse consistono a distinguere specie realmente diverse, abbenchè le differenze esigano dell'attenzione per esser percepite. È questa l'osservazione d'un celebre filosofo profondo in tutte le scienze, non esclusa la giurisprudenza. *POLEJO nel suo dritto naturale parte 11. §. 127 dice: Qui subtilitates juris contempserit is in multis caecutit, nec nisi alienis oculis videt, in aliis haesitat, in aliis caespitat. Quamdiu distinguuntur quae diversa sunt, de subtilitatibus temerariae suntque uerelae.*

possa più far uso della servitù (161); ma esse tornano
ad aver luogo se le cose sono ristabilite prima che tra-
scorra il tempo sufficiente per la prescrizione (162). Indi
segue; che se la casa o il muro che dovevano (163) o

703
624
704
625

(161) Se il fondo sul quale io aveva dritto di passare, sia divenuto un lago in seguito di una inondazione; se il fonte cui io avea il dritto di attingere, siasi disseccato, ec.

(162) Quindi la prescrizione decorre, quantunque non sia stato in potere del proprietario del fondo dominante di far uso della servitù. Questa è un'eccezione al principio, *contra non valentem agere non currit praescriptio*, ed è egualmente opposta alla decisione della legge 24. ff. *quemadmodum servit. amitt.* Ma essa è fondata sulla necessità di prevenire i litigi, e perchè vi sarebbero molti inconvenienti nell'ammettere la pretensione di colui che verrebbe a reclamare l'uso di una servitù estinta da cinquanta o sessant'anni su di un fondo in seguito passato tra le mani di diversi proprietarj, i quali hanno tutti potuto ignorare l'esistenza della servitù (a).

(163) Sembra risultare dall' art. 665 † 586, che se io ho, per esempio, la servitù *tigni immittendi* sul muro del vicino, e che quest'ultimo profittando del momento in cui sia demolita la mia casa, faccia abbattere il suo muro, e non lo rifabbrichi nel corso di trent'anni, io perdo la mia servitù. Questo si oppone alla legge 18, §. 2, ff. *Quemadmodum servit. amitt.* Di fatti, è strano che io perda il mio dritto per opera sola del mio debitore, e senza potermi rimproverare alcuna negligenza. Ma potrei almeno conservarlo, facendo notificare al proprietario del muro, prima del termine richiesto per la prescrizione, un'intimazione di rifabbricare il muro con la protesta che la mancanza della ricostruzione non potrà seco trarre l'estinzione del mio dritto? Questo mi sembrerebbe molto giusto, e conseguente all'opinione da me emessa qui sopra nella nota 23 p. 254. Nè osta quel che si è detto nella precedente nota. Poichè prima di ogni altra cosa, come già da noi fu detto, questa nota contiene un'eccezione al principio generale, eccezione che dee conseguentemente essere ristretta al caso pel quale si è fatta. In secondo luogo, vi ha una gran differenza fra i due casi. In quello della nota precedente trattasi dell'ipotesi in cui la servitù ha cessato per un caso fortuito, per una forza maggiore. Or egli è un principio, che

(a) Sostiene TOULLIER, l. c. n. 693 e 694, che se il proprietario del fondo dominante sia stato impedito di usar della servitù per un ostacolo che non ha potuto prevenire nè far cessare, non si presume abdicazione alcuna da sua parte, nè possesso di libertà dalla parte del proprietario del fondo serviente; per cui la prescrizione non può nè correre nè operarsi. Egli l'appoggia sulle precise disposizioni del roman dritto alle quali non se ne oppone alcuna del nostro Codice, e conclude doversi stabilire per principio che „il tempo richiesto per liberarsi dalle servitù per mezzo della prescrizione non corre affatto, quando il non uso proviene da un ostacolo che il proprietario del fondo dominante non ha potuto nè prevenire nè far cessare, che non possa a lui imputarsi „.

cui era dovuta (164) la servitù, vengono ad essere distrutti, l'uso della servitù trovasi in sospeso, ed il dritto medesimo è estinto se le cose rimangono nel medesimo stato durante il tempo necessario ad acquistarsi la prescrizione; ma se la ricostruzione segue prima che questo termine sia trascorso, le servitù ritornano in vigore
665 attivamente o passivamente riguardo al nuovo muro od
586 alla nuova casa.

quando ha luogo un puro caso fortuito, il danno che ne risulta è per colui che lo ha sofferto. All'opposto, nell'art. 665 + 586 trattasi del caso in cui la cessazione della servitù risulta dal fatto stesso di colui che la deve. Ora è principio che *nemo potest proprio facto ab obligatione se liberare*. Ma se il proprietario del fondo dominante lascia passar trent'anni senza fare alcun atto di protesta, è reputato aderire col suo fatto alla cessazione della servitù.

(164) Per esempio, la mia casa aveva un dritto di prospetto sulla casa vicina: io la fo demolire, e lascio scorrere trent'anni senza rifabbricarla; la servitù è prescritta. Questa decisione è giusta, poichè se io perdo la servitù è pel fatto mio, e si dee a me solo imputare. Ma in questo caso potrei conservare il mio dritto per mezzo di una protesta? Io nol penso. Qui nulla vi è da rimproverare al proprietario dell'altro fondo, ed a di costui riguardo il semplice non uso della servitù per trent'anni debbe operarne l'estinzione. Per l'obbiezione poi che può ricavarasi da ciò che si è precedentemente detto, nota 23.p. 254 si può dire esservi questa essenzial differenza, cioè che in questa nota si tratta dello stabilimento di una servitù, e qui al contrario della liberazione, e del ritorno al dritto comune, ch'è ben più favorevole. In secondo luogo, nel caso della suddetta nota furono fatte dal proprietario del fondo inferiore delle opere destinate a facilitare la caduta dell'acqua sul suo fondo. La legge ha voluto che la costruzione di queste opere facesse presumere una concessione, e che dopo trent'anni tal presunzione si cambiasse in servitù legale, ben inteso che nulla l'abbia distrutto in questo intervallo. Or questa trovasi distrutta con una protesta. Ma qui non vi è stata alcuna presunzione; semplicemente è una prescrizione per liberarsi, la quale si acquista col solo fatto di non essersi il dritto esercitato. Ora il dritto risultante da una servitù, non si esercita che colla stessa servitù, e non con una semplice protesta. Dunque per questo caso è lo stesso che per quello di una semplice intimazione a rilasciare un immobile, la quale sicuramente non interromperbbe in nessun modo la prescrizione.

O S S E R V A Z I O N I

SUL TITOLO QUARTO.

Se percorriamo nelle tavole di confronto la serie degli articoli compresi in questo Titolo nel Codice francese e nel nostro, molti ne troveremo indicati come accresciuti o riformati; ma veramente se si tolgono le disposizioni che stabiliscono una maggiore o minore distanza diversa da quelle sanzionate nel Codice civ. negli altri non si tratta che o di redazione diversa, o di spiega maggiore, o di amputazione di superfluità. Noi ne faremo il soggetto dell'ultima di queste osservazioni; ma si vuol prima dilucidare alcune delle più importanti disposizioni in fatto di servitù, e metterle a confronto colla patria legislazione.

S E Z. I.

De' regolamenti sul corso e l'uso delle acque.

L'articolo 567 ordina che nelle controversie fra i proprietari a' quali le acque correnti possono essere utili, *in tutti i casi debbono essere osservati i regolamenti particolari e locali sul corso e l'uso delle acque.* Noi vedemmo in fatti alla osservazione 2. al Tit. II. di questo Libro che i regolamenti di polizia rurale si proponevano tra gli altri oggetti la riparazione e l'uso delle acque pubbliche, e degli acquedotti assegnati al pubblico comodo. Ora tre dilucidazioni qui aggiunger bisogna: 1. Quali siano queste acque il corso delle quali si può sottomettere a' regolamenti; 2. Come questi si formano; 3. Quale sia l'autorità incaricata di farli osservare.

§. I.

Nell'articolo 463 sono considerate come pertinenze del demanio pubblico i fiumi e le riviere navigabili o atti a trasporto che non possono esser suscettivi di privata proprietà. Fuori di queste acque, tutte le altre, sia de' fiumi non navigabili nè proprii al trasporto, sia de' rigagnoli formati dalle piogge, sono chiamate pubbliche per l'uso che ha ciascuno di servirsene per le irrigazioni, mentre scorrono lungo il suo fondo o lo attraversano, purchè nell'uscirne siano restituite al loro corso ordinario (art. 566). Per le acque che appartengono al pubblico demanio, non possono farsi regola-

menti di sorte alcuna; l'uso di esse non è del privato, mentre cesserebbe allora il beneficio della navigazione o del trasporto; e qualunque siasi occupazione di queste acque sarebbe usurpazione di un fondo inalienabile di sua natura, usurpazione perciò imprescrittibile.

Per le acque le quali sorgono in un fondo privato, sebbene possa il proprietario usarne ad arbitrio, come dice l'articolo 563, pure non può egli abusarne. La proprietà delle acque è di una specie particolare, per averle destinate la natura all'uso di tutti; e l'equità e l'interesse pubblico e la destinazione medesima dell'acqua non permette che il proprietario la ritenga nel suo fondo oltre al suo bisogno, nè che le devii a sua voglia privandone i proprietari de' fondi vicini. Una più eguale liberalità ha moderato su tal punto i severi stabilimenti dell'antica giurisprudenza. Quindi ed il proprietario del fondo inferiore può acquistarvi dritto per qualunque titolo, anche in forza di prescrizione (art. 563), e gli abitanti del luogo in cui sia quest'acqua necessaria possono costringere il padrone della sorgente a non deviarne il corso, salvo a pagargliene l'indennità, se non ne abbiano acquistato l'uso o prescritto (art. 565).

Su tutte queste acque possono farsi de' regolamenti che, giusta l'articolo che comentiamo, debbono essere osservati. Ma ciò non dee far obliare il principio stabilito nell'art. 643 + 567 che i tribunali decidendo le controversie fra i proprietari cui tali acque possono essere utili, debbono conciliare l'interesse dovuto all'agricoltura co' riguardi dovuti alla proprietà: quindi in qualunque modo essi pronunziano in ultima istanza, non vi è reclamo da opporsi, e lo stesso ricorso per annullamento deve rigettarsi; mentre simili controversie non offrono che questioni di fatto, che i giudici soli possono valutare, e perciò le loro sentenze non possono dar luogo a cassazione, come può vedersi da due arresti della cassaz. francese del 7 aprile e 15 luglio 1807, i quali benchè sembrano in apparenza contrarii, sono nulladimeno fondati sullo stesso principio. (a).

(a) Nella specie della prima decisione, riportata dal Sirey tom. 7 par. 1, pag. 183, il sig. Bollet le di cui proprietà erano attraversate da un ruscello, avea in forza dell'immemorabile possesso di avvalersi delle acque per l'irrigazione de' suoi prati, praticato varie opere per facilitarla. I proprietari di due molini inferiori se ne querelarono; e dall'informazion presa risultò 1. Che Bolet avea fatti de' rigagnoli di derivazione, scavati e moltiplicati con somma intelligenza, in modo da procurare ai suoi prati una necessarissima irrigazione; 2. Che il ruscello insufficiente ne' tempi aridi per far muovere i molini inferiori, era benanche diminuito dalle irrigazioni per altro utilissime al proprie-

§. II.

La polizia amministrativa ha per oggetto tutte le materie delle contravvenzioni di semplice polizia (art. 4 del real decreto de' 22 gennaio 1817): quindi appartiene all'amministrazione civile la facoltà di fare e pubblicare i regolamenti locali di detta polizia amministrativa, ossia di polizia urbana e rurale (art. 277 della legge de' 12 dicembre 1817). L'uso e l'corso delle acque fan parte di questi regolamenti, come vedemmo, ed essi propongonsi dal decurionato di ciascun comune sull'avviso del sindaco, e coll'intervento del primo eletto. Il progetto del decurionato, munito delle osservazioni del sot-

tario; 3. Che non vi era nel fondo di Bolet alcuno scavo in cui l'acqua potesse perdersi; 4. Ma che i rigagnoli da lui praticati per prender l'acqua aveano nociuto ai molini inferiori. — Bolet fu condannato a distruggere i lavori, ed a ristabilire le cose nello stesso stato. Colla decisione del 21 messidoro an XIII, la Corte di appello di Digione dichiarò di essersi ben giudicato, salvo a Bolet di ricorrere per regolare colle parti interessate il modo di usare del dritto di prender l'acqua per l'irrigazione de' suoi poderi. — Egli ricorse in cassazione, ma coll'arresto del 7 aprile 1807, atteso che, secondo l'art. 644 § 566 del Codice il proprietario le di cui acque attraversano il fondo può servirsene, ma coll'obbligo di restituirle al loro corso ordinario nell'uscire dai suoi terreni, e che Bolet assorbiva le acque in modo tale che ne risultava considerevole pregiudizio agl' inferiori molini; — Atteso d'altronde che l'art. 645 § 567 dà ai giudici la facoltà di conciliare l'interesse dell'agricoltura coi riguardi dovuti alla proprietà, e che i giudici che han pronunziato in questo affare non han fatto che avvalersi di questa facoltà: — Rigetta ec.,

La seconda decisione, riportata dal *Sirey* nel citato luogo pag. 470, rigettò il ricorso contro quella della Corte di appello di Parigi che giudicò di aver potuto il signor Provence scavare canali e far baccini da radunar le acque nel loro passaggio sulle sue proprietà per due ruscelli, che in seguito si rendevano nello stagno del signor Berthelin, tutto che queste opere diminuissero considerevolmente la quantità dell'acqua ricevuta nello stagno suddetto, anche col pericolo di non riceverne affatto in tempo di siccità: ma Provence rendeva le acque al loro corso ordinario nell'uscire da suoi terreni; e la corte di Cassazione considerò che l'art. 644 lascia al proprietario il di cui potere è attraversato da un'acqua corrente il dritto di servirsene, coll'obbligo solo di renderla al suo corso ordinario; che l'art. 645 lascia ai tribunali la cura di conciliare l'interesse dell'agricoltura coi riguardi dovuti alla proprietà nelle controversie tra i proprietari cui queste acque possono essere utili; e che nella specie, l'acqua che attraversa il potere di Provence scorre, dopo ch'egli se n'è servito, nello stagno del sig. Berthelin secondo il suo corso ordinario; quindi la decisione impugnata era testualmente conforme alle disposizioni de' citati articoli.

tintendente viene discusso dall'intendente nel consiglio d'intendenza, il quale lo approva colle modificazioni che giudica opportune, e ne ordina la pubblicazione e l'esecuzione. Sono essi inseriti nel giornale dell'intendenza ed affissi per due domeniche consecutive nei luoghi consueti del comune (art. 279 ib.). Sanzionati così questi regolamenti, rimangono in vigore almeno per un quinquennio continuo. Nel mese di settembre dell'ultimo anno del quinquennio, il decurionato li rimette in esame, e delibera per la continuazione, o per le modificazioni che vi crede necessarie; ed in questo caso si procede sulle proposte modificazioni nella forma antecedentemente enunciata (art. 28, ib.). I richiami contro al tenore di tali regolamenti sono esaminati dal ministro degli affari interni, cui n'è riservata la risoluzione (art. 281 ib.). Ma non possono essi prescrivere oltre il risarcimento dei danni, una multa (a) maggiore di sei ducati, ed una prigionia per un tempo al di là di tre giorni. (art. 382 ib.)

Non è così pel comune di Napoli. Il rispettabile *corpo* di questa città, non gode che della facoltà di far de' regolamenti per la sola polizia urbana, giusta gli articoli 83 ed 84 della legge citata. Anzi nella quistione surta se nella provincia di Napoli appartenesse all'amministrazione civile o alla prefettura di polizia l'autorità di fare e di pubblicare i locali regolamenti di polizia amministrativa, si emise in data de' 18 settembre 1817, dalla seconda camera dell'abolito supremo Consiglio di cancelleria unanime parere, che tranne gli oggetti di polizia annonaria riserbati al corpo di città dall'art. 83 di detta legge, tutti gli altri regolamenti locali appartenessero o fossero nelle attribuzioni della polizia (b).

(a) Tutte le multe, tanto quelle che vengono inflitte ed esatte dalle autorità locali, quanto le altre che si esigono per ordine delle autorità superiori nelle contravvenzioni alle leggi o regolamenti di polizia urbana e rurale, debbono versarsi nella cassa comunale e tenersene registro particolare: ed è questo uno de' cespiti comunali indicati sotto nome di *proventi giurisdizionali*. (Così diceva la citata legge sull'amministrazione civile; ma veggasi quel che al §. 3 abbiám osservato).

(b) Ma l'articolo 83 non parla solo di annona. Eccone le parole: „ È espressamente riserbata al corpo di città la portolania e la polizia „ annonaria. Ad esso in conseguenza appartiene 1. di permettere o vietare l'apertura delle botteghe e de' macelli, o la loro chiusura; lo „ stabilimento de' tavolati, tettoj o fabbriche dello stesso genere che „ sporgono sulla pubblica strada; lo stabilimento de' posti fissi o volanti pe' venditori sulle strade piazze e mercati: tutto ciò in quanto „ non reca nocimento al comodo ed alla sicurezza pubblica e di riscuoterne per conto della Città i dritti di portolania e di piazza; „ 2. di esercitare la vigilanza e l'ispezione su' venditori de' generi soggetti a regolamenti d'annona „ Infatti la Città è nel pieno esercizio di tutti questi dritti.

§. III.

Quale sarà il giudice competente a pronunziare sulle contravvenzioni a questi locali e particolari regolamenti? La nostra giurisprudenza non è stata sempre uniforme. Diverse ministeriali nella militare occupazione avevano stabilito appartenere alla giurisdizione degli allora giudici di pace le trasgressioni di semplice polizia contro le ordinanze ed i regolamenti dell'autorità amministrativa, ed ove in essi non si fossero comminate pene, o fossero maggiori della detenzione di cinque giorni, o di una multa non maggiore di ducati sei, queste e non altre si dovessero dal giudice applicare. Ma colla legge de' 12 dicembre 1816 sull'amministrazione civile essendo stato rivestito il sindaco della giurisdizione locale, si disse nell'articolo 57, che questa sarebbe stata sommariamente amministrata, secondo il regolamento da darsi dal ministro di Grazia e Giustizia, e limitata nelle azioni civili al valore di sei ducati, e nelle contravvenzioni di polizia urbana e rurale commesse sul territorio del comune da persone sorprese nella flagranza o quasi flagranza, alla pena di 24 ore di prigionia, ed al valore di sei ducati per le multe ed indennità stabilite nei regolamenti. Vi si aggiunse che le sole condanne pecuniarie profferite con questa giurisdizione dal sindaco fossero inappellabili, ma da quelle a prigionia potesse appellarsi a norma delle leggi. Ciò non ostante colle istruzioni di polizia approvate dal Re a' 22 gennaio 1817 venne detto, che se competeva alla polizia ordinaria ed amministrativa la facoltà di emanare in ordinanze o regolamenti le misure di prevenzione che credesse opportune, pure queste non potessero contenere pene nè più gravi nè di natura diversa da quelle stabilite dalle leggi per le contravvenzioni di semplice polizia, la di cui applicazione appartenesse sempre all'autorità giudiziaria (art. 6 del citato rescritto).

Posteriormente però colla legge degli 21 marzo dell'anno istesso, essendosi attribuito alle autorità del contenzioso amministrativo la competenza delle controversie riguardanti le strade (non vicinali, o sentieri) i porti i fiumi i canali le dighe i ponti le strade e sentieri che li costeggiano, o che servono di comunicazione fra loro ec., come dagli articoli 6 e 7 della stessa, venne coll'articolo 20 così stabilito: *I sindaci saranno competenti a pronunziare le sole multe che non oltrepassano sei ducati per le contravvenzioni espresse negli articoli 6 e 7; e per quelle che li oltrepassano furono incaricati di compilarne l'istruzione, e rimetterla all'intendente, onde il*

consiglio d'intendenza vi pronunziasse come di ragione (articolo 22). L'appello devolutivo di queste condanne dei sindaci ne' casi preveduti ne' citati articoli 6 e 7, e 20 della legge dei 21 marzo si stabilì prodursi innanzi al sindaco del capo-luogo del circondario: se questi avesse pronunziata la multa, al sindaco del capo-luogo del distretto; e finalmente l'appello avverso la sentenza degli eletti e de' sindaci de' capi-luoghi di distretto e del capo-luogo di provincia, dedursi innanzi al consiglio d'intendenza.

Ma coll'articolo 33 della legge organica giudiziaria de' 29 maggio 1817 dopo essersi detto che il giudice di circondario era giudice di polizia nel suo circondario, e come tale poteva giudicare le trasgressioni punibili con una detenzione di cinque giorni o con una multa non maggiore di ducati sei, si fecero salve le disposizioni suddette contenute nella legge del contenzioso amministrativo; nè si fece più parola di quella giurisdizione locale accordata ai sindaci colla legge de' 12 dicembre 1816.

Anzi col regolamento pe' conciliatori approvato dal re a' 22 aprile 1822, e con decreto della stessa data rimesso alla commissione incaricata della compilazione delle leggi di procedura civile, attribuissi ai conciliatori nell'art. 48 l'inappellabile procedimento nelle azioni personali o mobiliari non eccedenti il valore di ducati sei.

Quindi il segretario di stato ministro di grazia e giustizia con ufficio de' 3 aprile 1819 fece sapere al suo collega ministro degli affari interni che dopo la legge de' 29 maggio 1817 ed il regolamento dei 22 aprile 1818, era cessato ne' sindaci l'esercizio delle funzioni loro attribuite coll'art. 57 della legge de' 12 dicembre 1816, e trasfuse posteriormente nella novella carica de' conciliatori istituita in ogni comune. Però il ministro degli affari interni rispose che l'articolo 33 della detta legge organica avendo riserbate le disposizioni del contenzioso amministrativo, la giurisdizione de' sindaci era fissata sopra le contravvenzioni in quella espresse.

Così rimase la quistione quando pubblicaronsi le Leggi di proced. ne' giudizi penali, dove si stabilì nell'art. 136 che tutti » i giudizi penali, ancorchè portino a pene di semplici ammen- » de o confische stabilite da' regolamenti o da ordinanze di qualsi- » voglia autorità saranno trattati dalle autorità giudiziarie secon- » do le presenti leggi e colle forme in esse stabilite, qualunque sia » la specie di reato che debba giudicarsi; e si replicò nell'art. » 399 che il giudice di circondario è il solo giudice delle contrav- » venzioni di polizia, di qualunque specie esse sieno ». Da ciò i contrasti di giurisdizione tra i giudici ed i sindaci che agognando riacquistare la facoltà di giudicare sulle ammende comunali,

sostenevano non essersi colle dette leggi di procedura alterata la competenza de' giudici del contenzioso amministrativo. Questo dubbio fu sottoposto alla sovrana risoluzione colle seguenti considerazioni; 1. che il dritto pubblico del regno in materia di giurisdizione sia costituito dalle suddette due leggi del 21 marzo e 29 maggio 1817, che la prima di queste leggi dichiarò distinte le materie ed i giudici del contenzioso amministrativo e del giudiziario, separazione conservata nella seconda legge; 2. che la forma generica delle espressioni dei cit. art. 136 e 399 ne limita il senso a quelle sole materie di cui tratta la legge, nella quale una tal forma si era adoperata; 3. e che la stessa espressione generica di ammende trovandosi nell'art. 35 delle leggi penali destinate alla cassa pel ristoro de' danni interessi e spese sofferte da innocenti perseguitati per errore o calunnia ne' giudizi penali, ne limita il senso a quelle sole che possono far materia di tali leggi, ed esclude implicitamente ogni altra ammenda che l'articolo 194 della legge del 12 dicembre 1816 (a) annovera tra i proventi giurisdizionali de' comuni. Dietro queste considerazioni, dichiarossi col decreto del 2 gennaio 1822, che le leggi della procedura penale lasciavano in tutta la sua integrità la distinzione de' poteri giurisdizionali costituiti dalle leggi del 21 marzo e 29 maggio 1817; e che l'art. 35 delle leggi penali non comprendea le ammende attribuite ai comuni dall'art. 194 suddetto.

Così parve ritornata ai sindaci questa giurisdizione, onde giudicar sulle ammende delle quali parla la legge amministrativa. Ma non durò molto questo stato di cose, mentre diversamente venne ciò risoluto pe' dazii di consumo, col decreto del 28 gennaio 1824. Infatti volendo il Re far cessare le ambiguità sino allora sperimentate nell'applicazione delle pene per le contravvenzioni ai dazii di consumo che i comuni s'impongono ai termini della legge del 12 dicembre 1816, dispose che fossero applicabili le disposizioni dell'art. 36 e seguenti delle leggi penali; e che i giudici di circondario sui processi verbali delle autorità amministrative che contestano le contravvenzioni, sono le **AUTORITÀ COMPETENTI** per l'applicazione delle pene.

(a) L'articolo 194 citato dice che sono proventi giurisdizionali attribuiti a' comuni: 1. Il prodotto delle multe pronunciate da qualunque „ tribunale o autorità pe' fatti di ogni competenza commessi sul ter- „ ritorio del comune in contravvenzione alle leggi di polizia urbana e „ rurale; 2. i dritti di polizia urbana, i quali si stabiliscono sulla „ concessione de' posti fissi e volanti a' venditori nelle piazze e mercati „ del comune; 3. il dritto sul peso e la misura pubblica „.

S E Z. II.

De' limiti della competenza del giudice di circondario in materie di servitù.

Le leggi di procedura civile di accordo colla legge dell'organizzazione giudiziaria danno la conoscenza al giudice di circondario di tutte le cause di azioni reali o personali inappellabilmente sino al valore di ducati venti, ed appellabilmente sino al valore di ducati trecento. Particolarmente poi accordano loro la conoscenza sulle azioni di *servitù*, quando non ne sia interrotto il possesso, oltre di un anno, e di nunciazioni di nuove opere, innovazioni ed attentati egualmente commessi entro l'anno sul corso delle acque inservienti all'agricoltura, e su di ogni altra azione possessoriale (art. 21 e 22 Legge organ. del 29 maggio 1817 e 103 Leggi di proced. civ.). Ma questo non dà al giudice di circondario alcuna facoltà per giudicare sulle servitù, limitandosi la sua giurisdizione alla sola inibizione. Ciò venne spiegato dalla nostra Corte suprema colla decisione del 29 settembre 1825 nella causa tra il monastero di S. Maria del Gesù e D. Giuseppe Pessolano colle seguenti considerazioni le quali risolvono varii casi d'incompetenza del giudice di circondario in materia di servitù:

» Considerando che nella specie il monastero di S. M. del Gesù espose al regio giudice che D. Giuseppe Pessolano avendo tolto il tetto della propria casa, vi stava costruendo due camere coi lumi che inducevano servitù di prospetto, ed introspetto nel belvedere di esso monastero, ed avea costruito una loggia che dava le medesime servitù: e poichè tutto ciò che lo stesso avea costruito e stava costruendo era in contravvenzione delle leggi, perciò domandò, che i fabbricatori avessero desistito, per indi darsi le provvidenze di giustizia.

» Considerando, che dopo aver proceduto il regio giudice sino alla sentenza definitiva, il Pessolano produsse appello, nel quale in primo luogo allegò la incompetenza del detto giudice sulla natura dell'azione: ma il tribunale senz'aver spiegata alcuna ragione pel rigetto di tale domanda, la rigettò senz'arrestarsi ai motivi di essa.

» Considerando, che sebbene la legge nell'art. 103 di procedura attribuisse al regio giudice senz'alcuna distinzione tutte le azioni possessorie, e tra esse numerò la nunciazione di nuova opera a solo oggetto d'impedire ogni innovazione che alterasse lo stato attuale della cosa; nondimeno nella nunciazione di cui si tratta il procedimento del regio giudice si restrin-

geva, e dovea arrestarsi alla sola inibizione; poichè a' termini dell'azione instituita dallo stesso monastero, trattavasi di opere fatte, per le quali giusta le antiche leggi avea luogo l'editto; e di opere ch'erano in costruzione, per le quali poteva aver luogo l'interdetto. *L. 1 §. 1 ff. de novi operis nunciatione.*

» Considerando, che molto più era incompetente il regio giudice ad estendere le sue procedure oltre la inibizione; in quanto che il monastero avea introdotta una nuda nunciazione di nuova opera, e non già un'azione possessoriale, nel quale solo caso avrebbe potuto il giudice verificare gli estremi del possesso del monastero almeno di un anno e della turbativa dentro dell'anno.

» Considerando, ch'era ancora incompetente il giudice a dare l'incarico ai periti di verificare, se le nuove fabbriche inducevano o potevano indurre servitù, pregiudizio o soggezione al monastero. Più incompetente ancora nel dichiarare definitivamente, che le fabbriche in quistione producevano servitù di aspetto. E molto più altresì incompetente, allorchè fuori de' termini della contestazione, e della sua giurisdizione, ordinò covrirsi la casa con tetto, e di munirsi i vani con lamina di ferro; dichiarazioni e disposizioni che potevano aver luogo in un giudizio petitoriale; laddove la competenza del regio giudice è limitata a vedere non il dritto, ma il concorso del legittimo possesso, ed il tempo della intentata azione.

» Considerando, che in conseguenza di tutto ciò il tribunale civile colla denunciata sentenza non si arrestò ai motivi d'incompetenza che rigettò, per cui la sentenza medesima merita di essere annullata, facendosi dritto al mezzo del ricorso del signor Pessolano a ciò relativo:

» Per siffatti motivi la Corte suprema annulla la impugnata sentenza: rimettendo le cose nello stato ad essa precedente, rinvia la causa per nuovo esame ad altra camera dello stesso tribunale civile di Napoli, ed ordina di restituirsì il deposito ».

Varie altre decisioni della nostra Corte suprema spiegarono in altri casi lo stesso principio e lo confermarono: noi ne rapporteremo le massime più importanti.

Colla decisione del 26 novembre 1822 stabilì che il nostro articolo 612 nel vietare il possesso come titolo induttivo in una servitù discontinua non deroga alle altre disposizioni che garantiscono nel possessorio la servitù bene o male acquistata: quindi per lo sperimento delle ragioni nascenti da un titolo costitutivo della servitù riconosce la competenza del tribunale civile, laddove per lo sperimento delle ragioni nascenti dal possesso della cosa riconosce quella del giudice di circondario.

— (Dizion. d'Armellini tom. v, pag. 317).

Con altra decisione del 12 novembre 1825 nella causa tra il signor Balsamo e l' marchese de Vera Aragona la stessa Corte suprema decise che » la questione mossa, se i muri spartimenti del piano inferiore siano comuni, come i muri divisorii, o solo diano dritto di servitù al padrone dell'appartamento superiore, rende vieppiù sicura l'incompetenza del regio giudice; dapoichè essendo in questo caso la quistione del possesso congiunta alla quistione del dritto, di che se ne hanno più esempj in diversi titoli del lib. 43 del Digesto relativo agli interdetti, cessa l'azione straordinaria, e la causa rientra nel demanio del tribunale, sempre che trattasi di oggetto di somma indeterminata, com'è nella specie ».

Eguale colla decisione del 29 novembre 1825 consacrò la massima che costituita una servitù di passaggio, la interruzione che si vuol sostenere non dà luogo al giudizio innanzi al giudice di circondario, per tal esame incompetente trattandosi di servitù discontinua fondata sul titolo. (V. Armellini Dizion. tom. v, pag. 285.

E generalmente le dimande relative alle servitù discontinue ove manchi il titolo, sono oggi fuori della competenza del giudice locale, e non pertinenti al giudizio di possesso — Decis. del 28 agosto 1824, *Ivi* pag. 319.

Lo stesso era stato risoluto e dalla cassaz. francese a 4 febbrajo 1808 e 4 maggio 1813, (SIREY, 8, 2, 493 e 13, 1, 337), e dalla nostra Corte di Lanciano nel 18 settembre 1815 — (CATALANI, 1, 173) (a).

S E Z. III.

Della servitù di aspetto di prospetto e introspetto.

§. I.

Noi ci serviremo della decisione della nostra Corte suprema emessa nel 23 dicembre 1824 nella causa tra il contadino Marcello Papa e l'avvocato D. Filippo Perrino, per dilucidare varie quistioni riguardanti questa servitù, e specialmente se costituita la servitù di prospetto sia vietato al padrone del fondo serviente di far cosa che l'impedisca.

» Ammessa la loggia, disse la Corte suprema, col *jus* di aspetto e prospetto nel cortile del Papa, non gli sarà certamente proibito di costruire delle nuove fabbriche, uniformandosi alla legge, con lasciare cioè tra le medesime e la loggia la distanza legittima.

(a) V. nell'ultimo §. le massime stabilite al num. 10.

» La servitù *prospectus* non porta seco l'altra *ne prospectui officiator*, come taluni interpreti sono stati di avviso. Sono esse fra loro distinte, nè dalla costituzione dell'una s'intende costituita l'altra, giacchè producono esse differenti effetti e conseguenze, essendo la prima meno gravosa dell'altra. Di fatti la servitù di prospecto *est jus in proedum vicini prospiciendi* l. 12 e 16 ff. *de servit. proed. urban.* Colui dunque che ha la servitù di prospecto nell'altrui fondo, non ha altro dritto che di affacciarsi nel fondo alieno, ma non potrà proibire che in questo si edificasse a motivo che se gli offendesse il suo prospecto non togliendoselo per intero.

» A ciò ottenere fa d'uopo, che si procuri altra servitù *ne prospectui officiator*, la quale *est jus prohibendi vicinum, ne quid faciat, quolibet quoque versum prospectus nobis intercipiatur*. l. 3 e 15 ff. *cod.*

» Le servitù, come odiose, sono di stretta ragione, e civilmente si debbono eseguire, non potendosi estendere da caso a caso e da luogo a luogo, e se siasi costituita la servitù di prospecto, senza determinare la distanza per renderlo più ameno e grato, la legge determina la distanza, giacchè, non si presume che taluno siasi interdetto di edificare nel suo suolo, a meno che non renda inutile il dritto che ha concesso al vicino, lo che vieppiù è da presumersi nella specie, per le circostanze di sopra notate, l. 9 ff. *cod.*

» Ma ammessa per poco che la servitù di prospecto comprendesse l'altra *ne prospectui officiator*, in questa ipotesi non sarà illimitata la facoltà al padrone del fondo dominante di pretendere qualsivoglia lungo prospecto nel fondo serviente. Una tale facoltà viene ristretta dalla legge ad una distanza certa e determinata, come si ha dal rescritto degl'Imperatori Antonino e Vero, riportato dal giureconsulto Papirio nella legge 13 ff. *cod.*

» Questa distanza, in cui non possa edificarsi, viene determinata dalla l. 1. *Cod. de priv. aedif.*, fusa nell'art. 599 *leg. civ.* Siegue da ciò che avendo il Papa lasciata la distanza legittima tra la loggia e la nuova di lui fabbrica, si è il medesimo uniformato alle disposizioni della legge, che men doverosamente se gli è proibito dai giudici del merito.

» Per siffatti motivi ec.

La Corte di cassazione di Parigi stabilì egualmente colla decisione del 10 gennaio 1810 che colui il quale con un possesso di trent'anni avesse acquistato il dritto di aprire delle finestre sul suo terreno ad una distanza inferiore a quella che prescrivono gli art. 678 e 679 + 599 e 600 del *Cod. civ.* non avrebbe con ciò acquistato una servitù di *prospecto* sul suo vicino, ed in conseguenza non potrebbe impedire questo vicino

di erigere o sul suo proprio fondo, o sopra un muro comune un edificio che rendesse inutile l'uso delle dette finestre (SIREY, tom. 10 parte prima, pag. 176); e con quella del 23 aprile 1817, che il dritto di veduta risultante dalla sola destinazione del padre di famiglia, senza proibizione espressa *altius non tollendi*, non interdice al proprietario del fondo soggetto a codesto dritto di veduta, la facoltà di dritto comune, di fabbricare sul suo terreno conformandosi agli usi e consuetudini (Ivi, 17, 1, 336).

S. II.

Appartiene a questa specie di servitù quella dell'introspecto negli edifizi; e già col decreto del 19 novembre 1823 venne proibito di fabbricare o fare innovazioni ne' fondi e luoghi privati in tutta la distanza d'onde possa esservi introspecto nei palazzi casini ed edifizi di regio uso, senza ottenerne prima real permesso per via della real Segreteria e Ministero di stato di casa reale.

Ma che dirsi sull'introspecto negli edifici de' monasteri? Il vicerè cardinale di Granvella nell' 11 novembre 1573, precedente voto e parere del regio collaterale consiglio ordinò colla Pram. 2 *de monialibus* che non si potessero fare delle aperture, finestre, sesine ed astrichi da' quali si potesse vedere dentro i monasteri di donne monache situati nel regno, sotto pena di ducati mille ed altre ad arbitrio; e che le fatte aperture nelle case intorno ai monasteri predetti si serrassero e chiudessero, ancorchè vi fossero in mezzo strade ed altri luoghi che dividessero gli edifici de' monasteri *quantumcumque* distanti. Surse il dubbio se colla pubblicazione delle nuove leggi questa prammatica fosse rimasta abolita, e se oltre a' monasteri di monache, potesse applicarsi anche a' conservatorii: ma fu risoluto negativamente pel primo dubbio, ed affermativamente pel secondo dalla Gran Corte civile di Napoli colla decisione del 19 luglio 1822 nella causa tra il Conservatorio di S. Maria di Costantinopoli e D. Nicola Giannuzzi (a) il quale avendola impugnata con ricorso per annullamento, rinunziò poi alla discussione.

(a) „ Non cade dubbio, disse nelle sue considerazioni la Gran Corte suddetta, che tal prammatica sia una legge meramente politica, diretta a serbare la pubblica decenza e l'onestà de' luoghi religiosi. E ben noto che pubblicato nel 1565 il concilio di Trento ed essendosi dato principio alla riforma delle monache, obbligandole alla perpetua clausura, fu necessità segregarle alle vedute mondane, e di tenerle pur lontane dall'altrui veduta. A tal uopo si emanò nel 1573 la prammatica con cui si vietò l'introspecto ne' monasteri delle religiose. Tale

Ma non è più dubbia questa quistione risoluta ultimamente colla legge del 21 giugno 1826, colla quale si prescrisse;

Art. 1. È vietato a tutti i proprietari di edifizi vicini a quelli de' monasteri e de' conservatorii di tutela o di educazione di donne, (anche quando i predii fossero separati da strade) di costruire logge, di aprire finestre, e qualunque campo di luce, per cui direttamente o obliquamente vengano scoperti i siti interni de' monasteri e conservatorii suddetti.

Art. 2. Per questa specie di servitù non si darà luogo alla distanza, ma all' unica condizione dell' introspetto.

Art. 3. Qualora i proprietari degli edifizi vicini ai monasteri o a conservatorii suddetti volessero illuminare stanze o luoghi servienti, saranno loro permesse le aperture alle altezze e colle cautele prescritte dagli articoli 597 e 598 delle Leggi civili ».

dunque essendo stata l' occasione, e la ragione di farsi tal legge, è ben facile comprendere, che non sia stata abrogata, ma confermata dalle novelle Leggi civili. Di fatti col decreto del 21 maggio 1819 si dispose che le prammatiche del Regno cessar dovessero di aver forza di legge, se ciò che in esse si dispone formava oggetto delle leggi civili. In queste però nulla si dispone di quel che si prescrive colla prammatica. Quindi ciò solo mostra che non sia stata abrogata. Ma vi è dippiù: negli articoli 571 e 572 delle leggi civili si riportano le servitù dalla legge stabilite, e si dice che hanno per oggetto la utilità pubblica o comunale o de' privati, indi si soggiunge *tutto ciò che concerne questa specie di servitù* (vale a dire quelle per la utilità pubblica o comunale), viene determinato dalle leggi, o da' regolamenti particolari. Segue da ciò che la prammatica, che stabilisce una servitù per la pubblica utilità non sia stata abrogata, ma confermata dalle nuove leggi civili.

„ Attesochè su quest' articolo è costante la giurisprudenza, come può osservarsi da varie decisioni dell' abolita Corte di appello, e tra le altre da quella profferita a 4 dicembre del 1815 tra le Capuccinelle a Pontecorvo, e il barone Ciampitelli.

„ Attesochè in vano si oppone, che la prammatica che vieta l' introspetto ne' monisteri di monache, mal si estenda a' conservatorii, poichè le religiose del collegio di Costantinopoli, benchè non professino perpetua clausura, ma la professione a tempo, pure fino a che vi dimorano, vivono da vere religiose, vestono l' abito, uffiziano nel coro, ed adempiono a tutti gli uffizii religiosi. Conseguentemente la clausura è permanente benchè la professione di ciascheduna sia a tempo, e val per essa la regola, che come un sol cittadino rappresenta la città, e fa che questa duri, così una sola religiosa che sia nel collegio, fa permanente e durevole la clausura ec.

S E Z. IV.

Disposizioni sulle strade del Regno.

Tutto ciò che concerne la costruzione o riparazione delle strade venendo determinato da leggi o regolamenti particolari, a' quali ci rimette il nostro art. 572 delle Leggi civili, ci par necessario dar conoscenza del regolamento per la classificazione e dimensione delle strade del regno approvato col decreto del 27 giugno 1820.

1. Tutte le strade del regno siano regie, siano provinciali, sono distribuite in quattro classi.

2. Sono considerate come strade di prima classe quelle che mettono in comunicazione la capitale colle principali città dei paesi stranieri, o co' reali domini al di là del Faro.

3. Appartengono alla seconda classe quelle per mezzo delle quali dalla città di Napoli e di Palermo si comunica ai capo-luoghi delle provincie o delle valli, e co' porti di Manfredonia, e di Castellamare di Stabia.

4. Costituiscono la terza classe le strade che mettono comunicazione tra' capo-luoghi delle provincie o valli, o che partendo da' grandi comuni delle provincie o valli, menano ad alcune delle strade di prima classe.

5. La quarta classe finalmente contiene tutte le altre strade che non appartengono ad alcuna delle classi precedenti.

6. Le strade di prima classe avranno cinquanta palmi di larghezza totale non comprese le fossate, di cui ciascuna sarà larga quattro palmi. La suddetta larghezza sarà distribuita tra marciapiedi o passeggiatoi, ciascuno de' quali avrà quindici palmi, e la pietrata o caostrada di palmi 20.

7. Le strade di seconda classe avranno quaranta palmi di larghezza totale, non comprese le fossate che avranno le dimensioni stesse della classe precedente. La larghezza suddetta sarà divisa tra marciapiedi, ciascuno largo di palmi undici, e l' caostrada che ne avrà diciotto.

8. Per la strade della terza classe la larghezza totale sarà di palmi 36 non compresa quella de' fossi ciascuno de' quali avrà tre palmi; ciascuno de' passeggiatoi sarà largo dieci palmi, e l' caostrada sedici.

9. Tutte le altre strade avranno ciascuno de' fossi laterali largo palmi tre, ciascuno de' passeggiatoi sei e l' caostrada quattordici.

10. Queste dimensioni saranno osservate inalterabilmente nella costruzione delle strade del regno, rapporto alla classe

cui apparterranno. Sono eccettuate le strade che attraversano i luoghi montuosi, per i quali la larghezza totale potrà essere ridotta a pal. 24 compresa la spessezza del parapetto di pal. 2, ricoprendo però i rimanenti pal. 22 interamente di brecciato e regolando gli scolì laterali giudiziosamente. — Sono eccettuati egualmente tutti que' tratti che mai s' incontrassero o di antiche strade, o pure limitati dalle mura de' contigui poderi pe' quali non potessero essere conservate le dimensioni stabilite senza una spesa troppo forte. In questo caso le strade per que' tratti solamente avranno la larghezza non minore di pal. 22 messa tutta ad ossatura o brecciato, e gli scolì saranno praticati a traverso de' contigui poderi ec. ec. —

Essendosi col real decreto del 25 settembre 1818 ordinato di cominciare da tal anno ad essere a carico della Direzione generale de' ponti e strade la manutenzione delle strade provinciali costruite sinora a spese delle rispettive provincie, vennero a tal oggetto sanzionati col rescritto del 5 febbrajo 1820 i principii da seguirsi per la consegna delle medesime.

La legislazione francese ha spiegato 1. che alla sola autorità amministrativa appartiene il dritto di deliberare sulle azioni di danno ed interessi, per contravvenzione in materia di strade: Dec. dell' 11 gennaio 1808 — SIREY 16, 2, 305: 2. che quando vi è lite sulla larghezza di una strada o sentiero inserviente alle comunicazioni rurali, la conoscenza della lite è devoluta all' autorità amministrativa senza che ci sia luogo ad esaminare, se la strada o sentiero abbia il carattere di strada pubblica, o di servitù privata — Dec. del 10 novembre 1807. — *Ivi* 16, 2, 299.

S E Z. V.

Del dritto del pascolo

L' articolo 570 delle nostre Leggi parla della servitù del pascolo. Il nostro monarca ha sempre pensato ad affrancar le terre da quest'uso de' popoli pastori, di pascere cioè sugli altrui fondi. Quindi sin dal 1787 con rescritto de' 30 maggio ordinò che i pascoli sativi annuali o di lunga durata i quali possedevansi con dritto legittimo, dovessero considerarsi come ogni altra terra coltivata, e non fossero soggetti al pascolo comune. Il seguente rescritto de' 16 febbrajo 1788 spiegò poi doversi ciò intendere de' terreni di proprio dritto e legittimamente posseduti. Quindi le istruzioni non mai abbastanza lodate della Regia Cam. della Sommatoria de' 23 febbrajo 1792 prescrissero, tra l'altre cose, doversi valutare l'uso civico con una proporzione delle terre del demanio

feudale che resterebbe dell'intera proprietà dell'università, per dividersi tra cittadini (cap. XI); e nel caso della difficoltà della divisione dell'intero demanio feudale, riserbarsi al barone la sola quarta parte di esso e censuarsi le altre ; (cap. XII). Si aggiunse che valutata la fida (a) che si esige dal barone o dalla università padrona per corrispondersi in denaro, restassero liberi i terreni per potersi chiudere e con diligenza ; (cap. XIII). Si prescrisse l'abolizione di ogni promiscuità di pascolo e del dritto di legnare anche tra diverse università, ai di cui naturali si diè luogo a concorrere per la censuazione (cap. XIV); e finalmente ordinossi che tutte le servitù tra università e feudi, e di questi tra altri feudi rustici si avessero a transigere, intendendosela le parti interessate bonariamente per convenire del compenso, ed in caso di riluttanza di alcuna di esse, umiliarsene il ricorso al real trono per la conveniente provvidenza (cap. XV).

Queste savie disposizioni incontrarono l'ostacolo non meno de' baroni che de' partegiani de' comuni, i quali prepotenti ne' luoghi profitavano soli di queste servitù, sino a che abolita la feudalità, venne col decreto de' 3 dicembre 1808 restituita ad ogni proprietario la facoltà di chiudere i suoi campi ed esentarli dalla servitù del compascuo (art. 47, 48, e 49 del detto dec.), il che fu anche meglio spiegato nell'articolo 24 delle istruzioni de' 10 marzo 1819 sulla divisione delle terre demaniali.

Noi abbiamo nelle precedenti osservazioni notato come colla legge sull'amministrazione civile del 1816 vennero questi principj nuovamente proclamati, dichiarandosi perpetuamente abolita e vietata ogni promiscuità di proprietà, di ren-

(a) *Fida* è un termine patrio introdotto dal volgo e ricevuto dall'uso. Gli antichi forensi facendolo derivare da *fede*, dissero che *fidare* vale lo stesso che *confidare* i proprj animali al fondo di un altro. Di fatti la Costit. di Federico II. *Quum universis* parla di *fida*, e dice *fidare*, *affidare*. La *diffida* secondo questo senso è lo stesso che *diffidare* poichè in cotai modo si viene prepotentemente a portare il bestiame sul terreno altrui senza il consenso del padrone, il che in molti luoghi chiamasi volgarmente *scommettere*.

Questa fida si fa necessariamente da' comuni, come vedemmo parlando della legge dell'amministrazione civile del 1816, ricevendosi dal sindaco l'offerta da chi desidera prendere in fitto il pascolo di un comune esuberante all'uso de' cittadini : si propone al decurionato, ed in caso di accettazione se ne fa rapporto all'Intendente ; e venendo approvato, vi si fanno le solite accuse di candela e se ne stipulano le cantele.

Suole anche farsi dai particolari che vogliono nei loro pascoli fidare gli animali altrui ec.

dita o di dritti tra comuni e lo Stato, tra' comuni e particolari o infra essi comuni (art. 174), siccome avvertimmo tutte le disposizioni date sulle terre addette al pascolo de' rispettivi comuni. Lo stesso tra i particolari, avendo stabilito così la legislazione francese che la nostra nell'art. 815 + 734 che niuno può essere astretto a rimanere in comunione, e quindi potersi sempre domandar la divisione non ostante qualunque proibizione o convenzione in contrario. È vero che dubitossi se questa disposizione avesse luogo per que' fondi lasciati per uso di pascolo comune, ma fu risoluto affermativamente dalla Corte di cassazione francese colla decisione del 18 novembre 1818., rigettando il ricorso prodotto avverso la decisione della Corte di Orleans, e dichiarando che » la convenzione di » stabilire una pastura comune (*pacage*) era meno uno stabilimento di reciproca servitù, che quello di uno stato di » comunione nel senso della legge » (V. SIREY, tom. 19, par. 1, pag. 229).

Ora tolta la promiscuità di pascolo tra' comuni e particolari, e reso lecito ad ognuno di chiudere il suo fondo, non conveniva adottarsi generalmente l'articolo 648 del Codice civile col quale si disse che *il proprietario che vuol fare una cinta al suo fondo perde il dritto di mandare a pascolare le sue bestie nell'altrui fondo dopo la raccolta delle messi, in proporzione del terreno che ha sottratto all'uso comune.*

Si doveva però prevedere che due o più proprietarj di fondi vicini imponessero volontariamente questa servitù ai loro terreni per accrescere così il reciproco comodo del pascolo. Ristretta in tal guisa la disposizione anzidetta si è coll'articolo 570 disposto in questi termini:

» Nel caso che due o più fondi abbiano la reciproca servitù del pascolo, il proprietario il quale vuole chiudere il suo fondo, perde il dritto di pascolo nell'altrui fondo, dopo la raccolta delle messi, in proporzione del terreno che ha sottratto all'uso comune. »

Il pascolo degli animali negli altrui terreni seminati compreso tra i guasti danni e deteriorazioni volontariamente commesse, si era preveduto e punito nell'art. 445 delle nostre Leggi penali colla pena del terzo grado di prigionia se il danno eccedesse ducati cento, e del primo al secondo non eccedendo questo valore, unendosi in ambi i casi un'ammenda non minore della metà del danno nè maggiore del triplo valore di esso. Ma l'ultima legge forestale del 21 agosto 1826 aggiunge che chiunque senza dritto menerà animali a pascere ne' boschi soggiacerà alla pena del primo al secondo grado di prigionia, oltre l'ammenda non minore della metà del danno nè maggiore

del triplo; che tale ammenda sarà decupla oltre la prigionia stabilita, se siasi menato a pascere ne' luoghi ove il pascolo fosse stato, proibito, o pur ne' semenzai; e che colui il quale avesse solo fatto passare gli animali in un bosco in difesa, o in un semenzajo soggiacerà all'ammenda non maggiore di ducati dieci (art. 118, 119 e 120 della detta legge).

Tutto questo però non impedisce l'esercizio de' dritti di uso legittimamente acquistati che rimangono conservati nel modo che attualmente si stanno esercitando (a), anzi nell'art. 77 della suddetta legge forestale si prescrive che gl'Intendenti pe' boschi comunali, gli amministratori o capi de' pubblici stabilimenti e de' corpi morali laicali ed ecclesiastici pe' boschi di loro dipendenza, curar debbono che i dritti di uso sieno circoscritti ne' termini della loro legale osservanza, e quindi rimanghino strettamente responsabili degli abusi; che qualora gli agenti forestali rilevassero, che si commettano degli abusi, debbono denunziarlo all'Intendente che darà pronti provvedimenti per farli cessare; e che pe' luoghi di proprietà dello Stato la Direzione generale rilevando che si commettono abusi, debba dar direttamente le disposizioni per farli cessare.

Veggasi pure quel che abbiamo detto nelle osservazioni al tit. 1. di questo libro §. VI.

Del resto nella giurisprudenza francese è risoluto che il dritto di godere dell'erba d'un prato è un dritto di servitù, non di condominio; in conseguenza i proprietari possono liberarsi colla chiusura, qualora il possesso de' comuni non è fondato sopra titolo — Bruxelles 29 luglio 1807. — SIREY, 8. 2. 42. — Rennes 27 maggio 1812 — *Ivi*, 15. 2. 102.

E coll'ordinanza del 22 luglio 1818 si dispone che le quistioni sul dritto di reciproco pascolo tra i comuni debbonsi sottoporre ai tribunali ordinarii se si tratti di applicare i regolamenti antichi; laddove poi si tratti di fare delle modificazioni o cangiamenti dei medesimi, la materia è amministrativa, e lo è pure in caso di transazione. *Ivi*, 18. 2. 303.

L'articolo 573 delle nostre Leggi parlando delle differenti obbligazioni cui sono soggetti i proprietari indipendentemente da qualunque convenzione, ci annunzia che una parte delle medesime è regolata dalle leggi sulla polizia rurale.

Noi abbiamo di questa ragionato nelle presenti osserva-

(a) La Corte di cassazione francese stabili per massima colla decisione del 6 marzo 1817 che il dritto di uso ne' boschi può esser qualificato servitù; e questa servitù come *discontinua* può esser qualificata *occulta*: perciò la clausola generale con cui gli acquirenti sono obbligati a tutte le servitù *apparenti* o *occulte*, comprende il dritto di pascolo ne' boschi — SIREY, tom. 17. par. 1. pag. 265.

ed alle regole della polizia rurale, in mancanza delle disposizioni comprese nel Codice civile. (V. SIREY tom. XV pag. 44).

Per altro è chiaro che dove le nuove leggi hanno superiormente deciso, queste e non altre convien osservare. Ma spesso però ci richiaman esse agli usi e regolamenti particolari e locali come negli articoli 567, 571, 584, 592 e 595. Siccome pure non vi ha dubbio che le servitù introdotte per le leggi precedenti rispettivamente ne' dominj al di qua o al di là del Faro debbon esser mantenute (art. 612).

Sarà dunque pregio dell' opera indicare su tal materia le particolari disposizioni che ci riguardano.

1. Presso di noi vi sono le istruzioni relative al mantenimento delle ripe de' regi laghi e de' fossi laterali alle strade pubbliche; ed è in osservanza lo stabilimento contenuto nella prammatica sotto il tit. *de aquis et aquaeductibus*, che gli alberi piantar si debbano palmi venti distanti dai pubblici acquedotti; e che le fogne le sepolture ed i pozzi debbano distarne palmi otto.

2. Oltre ai segni indicati dall' articolo 575 per presumersi il muro non comune, vi è tra noi la costumanza di considerarsi come tali ancora gl' incavi a forma di finestrini oltre la metà della sua grossezza, e la faccia esteriore del muro non eccedente la linea di separazione de' fondi: i quali segni attestano la proprietà del muro a favor del vicino dal cui lato si trovano; laddove il muro si presume comune ai proprietarj de' fondi che divide, quando tali finestrini sono incavati fino alla metà della grossezza, ed esistono verso l' uno e l' altro lato; o quando la metà della grossezza combaccia colla linea di separazione de' due fondi vicini.

3. In forza della Consuetudine napolitana *Et si ex latere* 3. tit. *de servit.* potevasi appoggiare al muro del vicino di propria autorità, cioè senza prevenzione alcuna, incombendo al proprietario del muro di far liquidare l' importo dell' appoggio ed esigerne il pagamento, e qualora lo avesse trascurato per lo spazio di trent' anni, era perenta l' azione. (V. NAPOLITANO alla detta Consuetudine num. ult.).

4. Se vi siano sul fondo del vicino aperture a prospetto, o a lume ingrediente, o la grondaia del tetto, o il canale del lastrico a cielo, o una *pettorata affacciatara*, sorgono allora tante quistioni a resolver le quali ricorrer deesi al nostro dritto municipale per la provincia di Napoli, e al dritto comune nelle altre provincie del regno.

a. Le aperture a prospetto come sono le finestre, balconi o altri simili sporti sul fondo del vicino, impediscono a costui il dritto di appoggio nel sito sottoposto alle medesime:

solamente può aver luogo l'appoggio laterale a fianco dell'ultima apertura ivi esistente alla distanza di piedi due dalla rivolta della ginella, tavolone, o altro sporto di detta ultima apertura, giusta la cennata consuetudine, 3.

b. Gli antichi finestrini a lume ingrediente ossia quelli fatti prima della nuova legislazione, e che con barbara voce eran detti *dossitiae*, non sono di ostacolo all'appoggio al di sotto di essi, lasciandosi però una porzione di muro vacuo dell'altezza di un palmo fino alle dette aperture, nel caso di coprirsi a tetto il nuovo edificio, e palmi otto, qualora la sua copertura sia con lastrico a cielo giusta la consuetudine istessa.

c. La grondaja del tetto o il canale del lastrico a cielo anche osta al dritto di appoggio, e solamente il vicino nel sito prossimo allo scolo delle acque piovane dee contenere le fabbriche in modo, che quello non resti impedito, discostandole per un palmo giusta il disposto dell'altra consuetudine *Si aliquis 4 de aperturis non faciendis*.

d. La *pettorata affacciatore* di un lastrico a cielo o di una loggia scoperta, o che sia munita di *ginella carosa*, o con *progettura* sul fondo del vicino, non ha alcuna caratteristica di servitù secondo il nostro dritto municipale. La consuetudine 9. tit. *de aperturis non faciendis* non riconosce che le *dossie* ed altre aperture (a), nè vi si può applicare l'altra *Si quis habet 2. tit. de servitut.* Perciò il vicino facendo uso del dritto di appoggio non è tenuto di arrestarsi al di sotto della *ginella*, sia *carosa* sia con *progettura*; ma può sormontarla coll'elevazione di nuove fabbriche della sua casa.

e. Nel caso poi di un loggiato coperto a volta o a travi con arcate munite di *pettorata* verso il fondo del vicino, sieno colle *ginelle* sporte in fuori o *carose*, tali aperture riputar si debbono come tante finestre *affacciatore*.

5. Molte cose avremmo a dire del muro consuetudinario ordinato dalla citata consuetudine *Si aliquis 4.*, la quale prescrive doversi fare di palmi otto per lo meno da sopra il lastrico a cielo della casa più alta, e senza alcuna apertura, acciò sia impedito l'*introspetto* nel lastrico a cielo, cortile, o suolo sottoposto del vicino. Ci limiteremo ad indicare che questa servitù è particolare alla sola città di Napoli e suoi borghi e casali; che non si prescrive o estingue, ancorchè da un tempo antichissimo per incuria del vicino non sia stato costruito, come attestano MARZIALE e DE ROSA ne' commenti sopra la detta

(a) Vale a dire due' finestrini a lume ingrediente, cioè adatti ad immettere il lume del cielo in una stanza o parte della casa; e quelle aperture o sia vani a prospetto che, oltre la luce del cielo, somministrano una veduta nel fondo alieno.

consuetudine, e contra il parere di NAPOLANO; che se al muro consuetudinario si attaccassero poggiuoli o sedili, l'altezza di palmi otto computar deesi da sopra tali poggiuoli; che anche il proprietario di una casa contigua all'orto, giardino o podere del vicino sia obbligato di formare il muro consuetudinario sul lastrico a cielo nel lato corrispondente al medesimo, come sostenne l'annotatore STEFANO DI GAETA; che nel caso di una fabbrica nel proprio suolo non sorpassante la penna del tetto o il lastrico a cielo dell'edificio contiguo, ma al di sotto di essa infra una canna, sia necessaria la costruzione del muro consuetudinario giusta la citata consuetudine *Si aliquis*; e finalmente che cessa tal obbligazione se il lastrico a cielo si facesse inaccessibile, o quando il nuovo edificio avesse la copertura a tetto o la servitù attiva del prospetto sul fondo del vicino, o se il nuovo lastrico a cielo si tenesse per palmi otto al di sotto del tetto o lastrico a cielo, mentre all'altezza di una canna rimane tolto l'introspetto, giusta la consuetudine 6. *Quod si nolit.*

6. Nel caso di un antico muro che sostiene il terrapieno di un fondo superiore ad altro inferiore, nasce la presunzione legale di essersi costruito a spese comuni de' proprietarj giusta il disposto della cennata consuetudine napolitana, e perciò in ogni occorrenza di mantenimento o rifazione, la spesa sarà ratizzata egualmente tra' vicini, purchè un titolo o segno non dimoti il contrario.

7. La consuetudine napolitana 2. tit. *de aperturis non faciendis* accorda al proprietario di un edificio dove sieno finestre a lume ingrediente o affacciatore, balconi o altri simili sporti sul fondo del vicino, di formare a piombo de' vani simili nel sopralzarvi un nuovo appartamento o camera; purchè le aperture si facciano nella medesima posizione verticale di quelle di sotto, e della stessa forma misura e sporto.

Ma se potesse farsi lo stesso negli appartamenti inferiori, gl'interpreti non sono d'accordo, e lo stesso abolito Sacro Consiglio prima pronunziò l'affermativa nella decis. 224 riferita da MATTEO D'AFFLITTO, poi, discusso più maturamente l'affare, si determinò per la negativa, come dal DE MARINIS *in resolut. jur. cap. 205 n. 7.*

8. Se un lastrico a cielo addetto privatamente ad una porzione di casa per uso di loggia o terrazzo considerar debbasi come un pavimento di sua pertinenza o come una copertura onde ratizzarsi la spesa di rifazione, è risoluto nella pratica con equo e facile sistema che debba ripartirsi la spesa, metà a carico del supplitante, e l'altra metà da ratizzarsi tra' proprietarj delle stanze sottoposte a proporzione delle rendite rispet-

tive; restando però a carico del supplitante il mantenimento del detto lastrico in ogni caso di accomodo o impegolatura; e del pari a lui spettando il fare all'intorno a sue spese un parapetto di fabbrica per sicurezza dell'accesso.

9. Per le vedute del mare l'abolito Sacro Consiglio nel conflitto di tante opinioni usava un temperamento di equità, giudicando valevole la distanza di cento piedi se la vista del mare in tutto o direttamente s'impedisse, ma ne ometteva la considerazione quando rimaneva libera in qualche parte della casa. Conosciutosi però il danno che ne risultava in un regno quasi tutto circondato dal mare, con rescritto de' 24 agosto 1776 si dichiarò nullo quanto aveva quel tribunale disposto, e si fece lecito ad ognuno di fabbricare ancorchè si fosse tolta la vista del mare, purchè si conformasse a lasciar la distanza di dodici palmi in Napoli e suoi casali, per la consuetudine *Si quis* 2., e di dodici piedi nelle provincie, secondo la l. 12. §. 4. Cod. *de aedific. priv.*

Ora però bastano dodici palmi per aprirvi vedute dirette, e palmi due e mezzo per le oblique. (art. 599 e 600).

Eguale cogli articoli 611 e 612 sono rimaste abrogate le tre consuetudini napolitane 3. 7. ed 8. sotto il tit. *de aperturis non faciendis* escludenti la prescrizione di lunghissimo tempo, cioè quella di trent'anni secondo il dritto de' Longobardi lib. 2. tit. 35 di una servitù prediale contro un edificio diruto detto *casalene*, o quando nell'istrumento di divisione tra fratelli o condomini fosse stata nominatamente dichiarata, o del tutto taciuta.

10. La consuetudine *Si quis* tit. *de servitut.* accordava al proprietario del fondo che non aveva uscita alla pubblica strada, non solo l'*iter*, ma *actum et viam* (a). L'art. 603 delle nostre Leggi non parla che di un passaggio su' fondi de' vicini per la coltivazione del suo podere. Sembra che in tal caso debba tenersi presente la cennata consuetudine.

(a) Ricordiamo ai giovani che per roman dritto l'*iter* era il passaggio nel podere del vicino sia per transito, sia per passeggiarvi a diporto: questa servitù si esercitava a piedi, a cavallo, anche in *sella* ossia sedia portata sugli omeri de' servi, e in *lectica*, specie di letto portatile pure sulle spalle de' servi: la larghezza di esso era di due piedi, eccetto che per andare al sepolcro ch'era di cinque. L'*actus* conteneva l'*iter*, ed importava la facoltà di menarvi *jumentum et vehiculum*, lettiga portata dai muli, o anche la *carruca*, piccolo cocchio a quattro ruote: la sua larghezza era doppia di quella dell'*iter*. La *viam* comprendeva le due servitù precedenti, ed era propriamente il transito del carro, la larghezza della quale fu dalle leggi delle dodici tavole prescritta di otto piedi per dritto e sedici negli angoli.

S E Z. VII.

Diversità in alcuni articoli tra le due legislazioni.

Riuniremo in questa sezione tutte le varianti tra i due Codici, comprese quelle fatte per maggiore spiega, e nate da una diversa redazione o dal cambiamento delle misure.

CODICE CIVILE.

LEGGI CIVILI.

Art. 638. Il proprietario che vuol chiudere il suo fondo perde il dritto di mandare a pascolare i suoi animali nell'altrui fondo.

Art. 657. ad esclusione di cinquantaquattro millimetri.

658. le riparazioni pel mantenimento dell'alzata superiore alla cinta comune.

659. e nel proprio suolo quanto alla maggiore grossezza.

663. de' recinti che separano. di separazione.

almeno di 32 decimetri in altezza compreso il coperto, e nelle altre città di 26 decimetri.

664. fa il pavimento su cui cammina.

671. alla distanza di due metri della linea ec. per gli alberi di alto fusto, e di un semimetro per gli alberi e siepi vive.

Art. 570. *Nel caso che due o più fondi abbiano la reciproca servitù di pascolo; il proprietario che vuol chiudere ec. (a).*

Art. 578. ad esclusione di due pollici.

579. le riparazioni di mantenimento sopra l'altezza del muro comune.

580. e l'aumento di grossezza dee prendersi dal suo lato.

584. de' muri che dividono. divisorio.

almeno palmi dodici e mezzo d'altezza, compreso il cornicione: e nelle altre città palmi dieci (b).

585. fa il pavimento su cui cammina, come trovasi costruito o a volta, o a travi.

592. alla distanza di palmi sette e mezzo dalla linea ec. per gli alberi di alto fusto, e palmi due per gli alberi e siepi vive (c).

(a) V. quel che abbiain detto di sopra nella sez. V.

(b) Notate la prima importante variazione. Dove in Francia si richiedono 32 decimetri vale a dire dieci piedi: e 26 decimetri, vale a dire otto piedi; fra noi bastano palmi 12 e mezzo nel primo, e pal. 10 nel secondo caso.

(c) È pure importante tal diversità: bastano in Francia due metri di distanza, mentre fra noi si richiedono palmi sette e mezzo; e mezzo metro, dove fra noi vi bisognano palmi due.

Delvincourt Corso Vol. III.

695. col mezzo di un documento il quale contenga la ricognizione delle servitù e sia emanato dal proprietario del fondo serviente:

696. si ritiene accordato.

700. se il fondo a cui vantaggio fu stabilita una servitù

nello stesso sito.

616. col mezzo di un titolo, il quale contenga la ricognizione della servitù fatta dal proprietario del fondo serviente.

617. si presume accordato.

621. se il fondo dominante: ec.

pel medesimo luogo.

S E Z. VIII.

Risoluzioni della giurisprudenza francese e nostra su di altri casi riguardanti le servitù.

Sebbene siasi fatta menzione di moltissime quistioni risolte dalla moderna giurisprudenza su questa materia, così nelle note del nostro Autore, come nelle rispettive contro-note, e nelle presenti osservazioni, pure non sarà discaro mentovarne alcune altre che abbiamo creduto tra le più interessanti.

1. Quando un proprietario ha formato una derivazione di acqua mediante un canale per inaffiare varie praterie che gli appartengono, se avviene che uno de' prati inferiori sia venduto, il piccolo canale, quantunque praticato per l'uso di molte praterie, non può riputarsi comune fra i proprietari delle diverse praterie; questa è una vera servitù stabilita sul prato superiore — Cassaz. Franc. 13. giugno 1814. — SIREY, 14, 1, 153.

2. Il proprietario che teme di essere inondato per effetto d'una nuova costruzione fatta dal suo vicino, può dirigersi all'autorità amministrativa per *prevenire* il male; ma non già all'autorità giudiziaria (come incaricata di *reprimerlo*), fino a che di fatto non sia avvenuta l'inondazione. La stessa, 16 frimajo an. XIV. — *Ivi*, 6; 1; 145.

3. Il proprietario d'una sorgente di acqua non può perdere colla prescrizione il suo dritto di disporne, e non quando sul suo fondo si sono fatte delle opere dal proprietario inferiore: non basta che esistano condotti o aperture praticate da tempo immemorabile. — La stessa, 25 agosto 1812. — *Ivi* 12, 1, 350.

4. In materia di servitù la destinazione del padre di famiglia tiene luogo di titolo; ancorchè non sia documentata per iscritto. — Corte di Parigi, 10 piov. an. 12. e 3o genajo 1810. — *Ivi* 4. 2. 727, e 13. 2. 327.

petitorio — V. SIREY, 9, 1, 333; 9, 1, 35; 8, 1, 37; 12, 1, 298 — Diversamente se l'attore si prevale simultaneamente del suo possesso annale e di un titolo che ne sia il fondamento: apprezzare il titolo del querelante per sapere se il possesso è precario o di tolleranza, non è per parte del giudice di pace, un esaminare il petitorio — La stessa, 24 luglio 1810 — *Ivi*, 10, 1, 334.

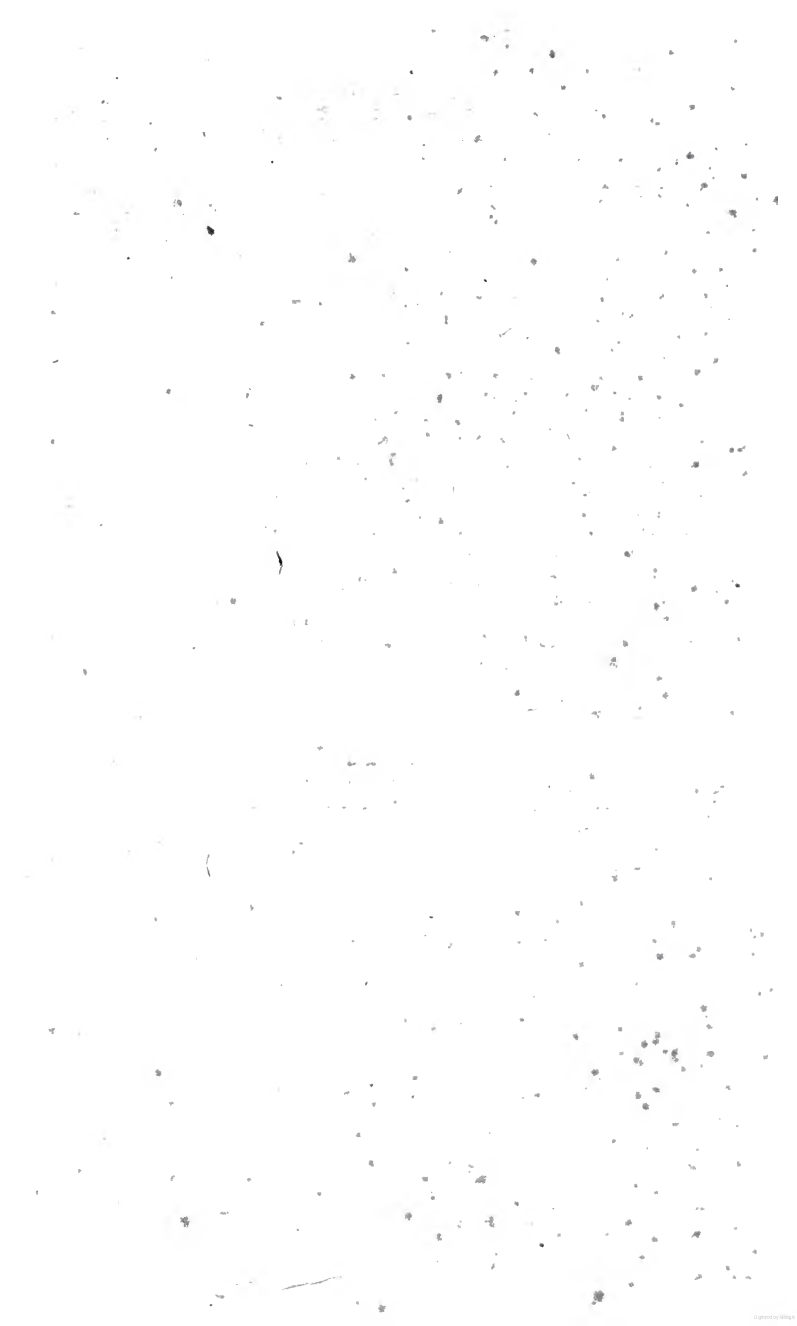
11. In materia di servitù prediale, sia per prospetto, sia per veduta di mare, non possono i nuovi tribunali adattare le leggi antiche o le consuetudini locali, sotto pretesto che il Cod. civ. non decide precisamente il caso, e non parla di vedute, ma debbono decidere secondo i principii generali della materia fissati nel nuovo Codice. — G. A. di Lanciano, 29 gennaio 1815 — CATALANI, 2, 172.

12. Può il giudice per mezzo della pruova testimoniale conoscere il concorso del tempo atto a prescrivere; molto più se per mezzo di periti rileva segni permanenti che indicano l'esercizio della servitù — Corte Suprema, 14 gennaio 1826 — Diz. d'Armellini Tom. V. pag. 223.

13. Istituita una servitù apparente per mezzo di una nuova opera la quale si porta al suo termine senza opposizione alcuna, non vi è dritto di far ridurre l'innovato nello stato primiero — La stessa, 10 luglio 1824 — *Ivi*, *ivi*, pag. 303.

14. Non vi è turbamento di possesso nelle opere fatte sotto l'occhio del condomino, per cui non può chiedersi nè ordinarsi la riduzione *ad pristinum*, tanto maggiormente se queste opere riguardano la continuazione di fabbriche incominciate dall'antico padrone — La stessa, 12 novembre 1825 — *ivi*, *ivi*, p. 259.

15. Vi è differenza tra la cagione originaria della servitù, e la cagione finale, quindi diversa è la perpetuità di un dritto stabile dall'esercizio del dritto medesimo — La stessa, 6 aprile 1820 — *Ivi*, *ivi*, pag. 314.



TAVOLA

DELLE MATERIE CONTENUTE NEL TERZO
VOLUME.

LIBRO PRIMO

DELLE PERSONE.

TITOLO X.

<i>Della minor età, della tutela e della emancipazione.</i>	<i>pag.</i>	<i>3</i>
CAP. I. Della tutela officiosa.		4
CAP. II. Della tutela ordinaria.		8
Sez. I. Della tutela legittima.		10
§. 1. Della tutela del padre e della madre.		ivi
§. 2. Della tutela degli ascendenti.		16
Sez. II. Della tutela testamentaria.		17
Sez. III. Della tutela dativa.		20
§. 1. Della formazione del consiglio di famiglia.		ivi
§. 2. Della forma delle deliberazioni del consiglio di famiglia e della loro omologazione.		26
§. 3. Delle funzioni del consiglio di famiglia.		31
§. 4. Della nomina del tutore.		32
Sez. IV. Del tutore surrogato e delle sue funzioni.		34
Sez. V. Delle cause che dispensano dalla tutela.		38
Sez. VI. Dell'incapacità, dell'esclusione e della rimozione dalla tutela.		44
Sez. VII. Delle funzioni del tutore.		49
§. 1. Delle obbligazioni del tutore nello stabilirsi la tutela.		51
§. 2. Delle obbligazioni del tutore durante la tutela.		54
Sez. VIII. Del conto della tutela.		73
CAP. III. Della emancipazione.		79
CAP. IV. Della tutela de' fanciulli ammessi negli ospizii.		90

OSSERVAZIONI.

92

§. I.	Esame e commento del nuovo art. 340.	ivi
§. II.	Delle varie modificazioni fatte a parecchi art. di questo Titolo.	93
§. III.	Delle norme per la tutela e per l'emancipazione dei minori accolti negli ospizii di pietà.	99
§. IV.	Sulla quistione se possa il minore emancipato ipotecare i suoi immobili.	100
§. V.	Sulle varianti tra il Codice civile e le Leggi civili.	103
§. VI.	Varie quistioni risolte.	105

TITOLO XI.

<i>Della interdizione e del consulente giudiziario.</i>	107
---	-----

OSSERVAZIONI.

124

§. I.	Delle interdizioni penali.	ivi
§. II.	Del nuovo procedimento in materia d'interdizione.	126
§. III.	Risoluzione di alcune altre quistioni.	127

LIBRO SECONDO.

DELLA DISTINZIONE DE' BENI, DELLA PROPRIETÀ
E DELLE SUE MODIFICAZIONI.

TITOLO PRIMO.

<i>Della distinzione de' beni.</i>	131
------------------------------------	-----

CAP. I.	De' beni considerati in loro stessi.	ivi
Sez. I.	De' beni corporali.	132
Sez. II.	De' beni incorporali.	143
CAP. II.	De' beni considerati ne' loro rapporti con quelli che li posseggono.	148

OSSERVAZIONI.

154

§. I.	Sull'art. 516 + 439.	ivi
§. II.	Sugli art. 526 + 449 o 454.	160
§. III.	Sul nostro nuovo articolo 443.	161
§. IV.	Sull'art. 529 + 452.	163
§. V.	Sull'art. 539 + 464.	165
§. VI.	Sull'art. 541 + 462.	166
§. VII.	Giurisprudenza francese e patria.	168

TITOLO II.

Della proprietà. 170

OSSERVAZIONI. 177

§. I. Delle modificazioni stabilite dalle nostre Leggi al dritto di proprietà. 178

§. II. Eccezione al dritto di proprietà per causa di utilità pubblica. 181

§. III. Limitazione della proprietà sugli oggetti di antichità e belle arti. 184

§. IV. Limitazione prodotta dall'economia silvana. 186

§. V. Casi risolti dalle Corti supreme. 189

TITOLO III.

Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione. 192

CAP. I. Dell'usufrutto. ivi

Sez. I. De'dritti dell'usufruttuario. 195

Sez. II. Delle obbligazioni dell'usufruttuario. 213

Sez. III. Dell'estinzione dell'usufrutto. 222

CAP. II. Dell'uso e dell'abitazione. 227

OSSERVAZIONI. 230

§. I. Sull'art. 578 † 503. 231

§. II. Sull'art. 579 † 504. 232

§. III. Sull'art. 584 † 509. 233

§. IV. Sull'art. 588 † 513. ivi

§. V. Sull'art. 600 † 525. 234

§. VI. Sull'art. 606 † 531. 235

§. VII. Sull'art. 613 † 538. ivi

§. VIII. Sugli art. 632 e 633 † 557. 236

§. IX. Sull'art. 617 † 542. 237

§. X. Sull'art. 636 † T. 238

§. XI. Risoluzioni della giurisprudenza francese e nostra. 241

TITOLO IV.

Delle servitù prediali. 243

CAP. I. Delle servitù naturali. 247

CAP. II. Delle servitù legali. 255

Sez. I. Del dritto d'indivisione. 258

Sez. II. Del dritto di confine. 259

Sez. III. Del dritto di chiusura e di quello di passaggio. 261

Sez. IV. Della comunione de' muri divisorii. 269

§. 1. Dell'acquisto del dritto di comunione de' muri. ivi

§. 2. Dell'effetto del dritto di comunione de' muri. 276

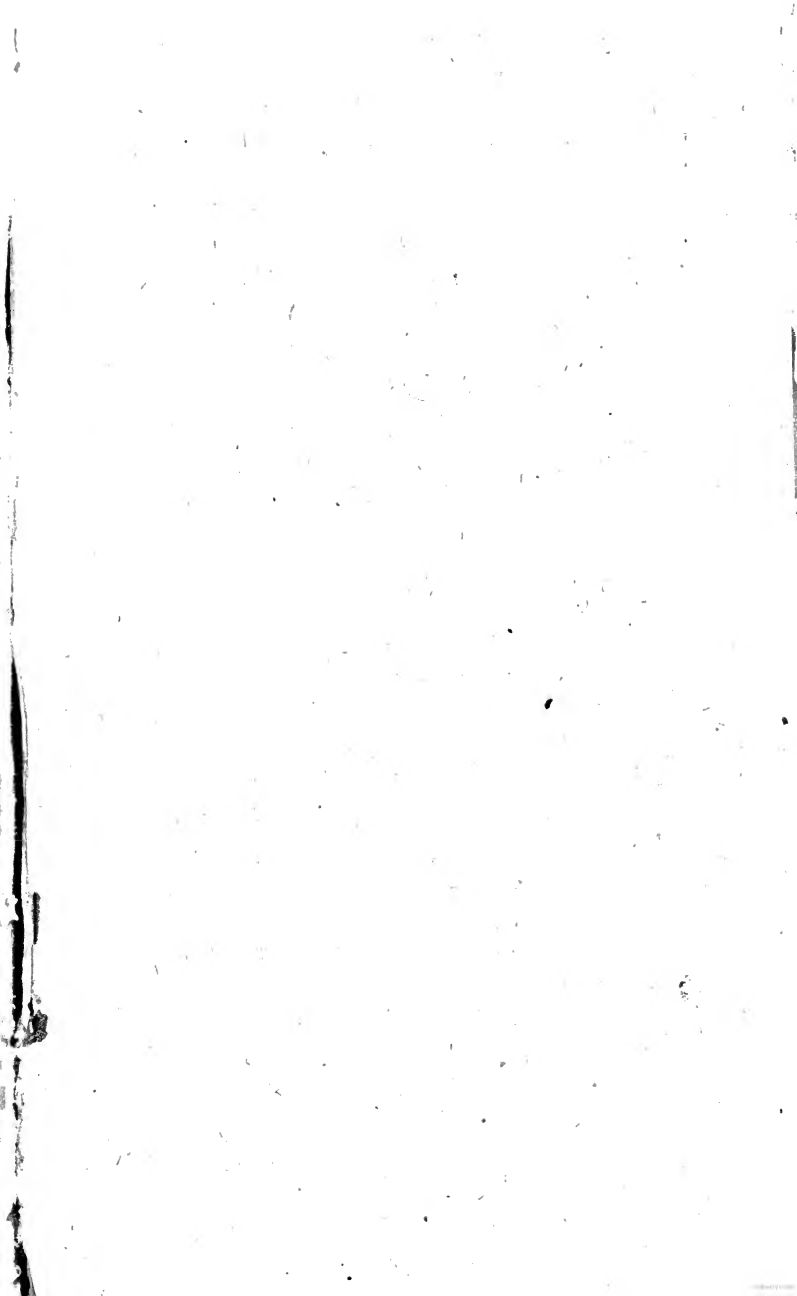
<i>Sez. V.</i>	<i>Del dritto di prospetto.</i>	285
<i>Cap. III.</i>	<i>Delle servitù stabilite per fatto dell'uomo.</i>	289
<i>Sez. I.</i>	<i>Delle diverse maniere di servitù che possono stabilirsi per opera dell'uomo.</i>	291
<i>Sez. II.</i>	<i>Come si stabiliscono le servitù.</i>	293
<i>Sez. III.</i>	<i>De'dritti ed obblighi risultanti dallo stabilimento delle servitù.</i>	300
<i>Sez. IV.</i>	<i>Dell'estinzione delle servitù.</i>	305

OSSERVAZIONI.

314

<i>Sez. I.</i>	<i>De' regolamenti sul corso e l'uso delle acque.</i>	ivi
§. I.	<i>Delle acque il corso delle quali si può sottomettere a regolamenti.</i>	ivi
§. II.	<i>Come si formano tali regolamenti.</i>	316
§. III.	<i>Quali autorità sono incaricate di farli osservare.</i>	318
<i>Sez. II.</i>	<i>De' limiti della competenza del giudice di circondario in materie di servitù.</i>	321
<i>Sez. III.</i>	<i>Della servitù di aspetto di prospetto e introspetto.</i>	323
§. I.	<i>Esame della quistione se costituita la servitù di prospetto sia vietato al padrone del fondo serviente a far cosa che l'impedisca.</i>	ivi
§. II.	<i>Dell'introspetto negli edifizii de' monasteri.</i>	325
<i>Sez. IV.</i>	<i>Disposizioni sulle strade del Regno.</i>	327
<i>Sez. V.</i>	<i>Del dritto del pascolo.</i>	328
<i>Sez. VI.</i>	<i>Altri regolamenti locali.</i>	332
<i>Sez. VII.</i>	<i>Diversità in alcuni articoli, tra le due legislazioni.</i>	337
<i>Sez. VIII.</i>	<i>Risoluzioni della giurisprudenza francese e nostra su di altri casi riguardanti le servitù.</i>	339

A611468267



169

F

40

